



فهرست ما في هذا المجلد

شهادة اقرار صلح مضاربة

وديعة عارية هبة

ولا اكراه حجر مأذون

غصب شفعه قسمة مزارعة

مساقاة

صحيفه ورق سطر
٤٠٩ = ٢٢٠ = ٢٥

بسم الله الرحمن الرحيم وبه نستعين

الحمد لله وكفى • والصلوة على نبيه الكريم محمد المصطفى • وعلى آله الكرام •
وصحبه العظام **كتاب الشهادات** لما ذكر كتاب ادب القاضي
عقيب كتاب الحوالة لوجه بين هناك ذكر بعده كتاب الشهادات لمناسبة
ظاهرة خفيت على جمهور الناظرين في هذا المقام وهي ان حكم القضاء يستقى
من حكم الشهادة لان كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان اهلا للشهادة
يكون اهلا للقضاء وما يشترط لاهلية الشهادة يشترط لاهل القضاء حتى ان
المص قال فيما سبق لا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع فيه شرائط الشهادة وجاز
ان يعلل تقديم القضاء على الشهادة بكون ولاية القاضي اعم كما افصح عنه من قال
لان القضاء ولاية كالشهادة وولاية عامة فلما اشترط من الصفات كان
في القضاء اولى ومن قال لان ولاية القضاء كانت اعم واكمل من ولاية الشهادة
او مرتبة عليها كانت اولى قال الشيخ اكمل الدين رحمه الله تع رحمة واسعة
ايراد هذا الكتاب عقيب كتاب ادب القاضي ظاهر المناسبة اذ القاضي
يحتاج الى شهادة الشهود عند انكار الخصم انتهى **اقول** يتجه على ظاهر
هذا الوجه ان يقال كما ان قضاء القاضي في صورة انكار الخصم يكون بالبينة
كذلك في صورة الاقرار يكون بالاقرار فكان نسبة الاقرار والشهادة الى القضاء
على نسق واحد فكان ينبغي ان يذكر كتاب الاقرار ايضا ههنا بل الظاهر ان
يعقب بالاقرار ثم يذكر الشهادة لان الحاجة الى اقامة البينة عند عدم الاقرار
فتبصر وايضا يتوقف الحكم بالاقرار والبينة في عامة الحقوق على تقديم
دعوى صحيحة فكان ينبغي ان يعقب الاقرار بكتاب الدعوى ثم يعقب
ذكر كتابي الاقرار والشهادة اللهم الا ان يقال في الاعتذار عن الاقرار
ان المراجعة الى الحكام في الاعم الاغلب انما يكون في صورة الانكار فاحتياج
القضاة الى البينة اظهر وفي الاعتذار عن الدعوى انها انما يجب تقديمها
فيما عدا حقوق الله تعالى فلم يكن بمنزلة الشهادة في شمول حاجة القضاة
ويمكن ان يقال في الاعتذار عنهما جميعا ان الكلام في بيان وجه المناسبة

بين

بين هذين الكتابين بعد نهج ذكر كتابي الاقرار والدعوى في المكان الذي ذكر
فيه للمناسبة التي ذكرت فيها فتأمل ثم ان الجد الفاضل رحمه الله تع ذكر ههنا
كلاما من وجه آخر حيث قال لا يقال فيلزم ان تقدم على ادب القاضي لان المقاصد
تقدم على الوسائل مع ان المحتاج هو القاضي فيلزم تحققه اولا واليه تشير عبارة
الشارح انتهى **اقول** حاصل السؤال الذي اشار اليه بقوله لا يقال هو
ان القاضي لما كان محتاجا الى الشهادة في صورة الانكار بحيث لا يقضي الا بعدها
كانت الشهادة مقدمة على القضاء وجودا فكان ينبغي ان يقدم عليه ذكرا
وحاصل الدفع هو ان الشهادة وان كانت متقدمة على القضاء زمانا الا انها
وسيلة للقضاء ذريعة اليه وهو المقصود الاصلي منها فكان القضاء متقدما
عليها رتبة وتقديم المقاصد على الوسائل مما يصرح به الكتب والرسائل هذا ولا
ترد عليه الطهارات حيث قدم على الصلوة مع انها وسيلة لها لان مراده
من قوله ان المقاصد تقدم على الوسائل انه يجوز تقديمها عليها وان تقدم الو سائل
لكونها محتاجا اليها وموقوفا عليها ليس بامر واجب بل قد وقد تحقق
في ذلك ان من الوسائل ما يتوقف امر المقصود عليه بحيث لا يتحقق بدون
تحققه كالطهارة للصلوة فانه يتوقف عليها الصلوة بحيث لا يعتد
بها شرعا الا معها وفي ذلك تقديم الوسيلة على المقصود وتأخير الوسائل عن المقاصد
انحطاط مراتبها انما هو في ما عدا ذلك القسم على ما افصح عنه الشارح نفسه
حيث قال في مفتتح كتاب الزكوة ذكر محمد في الجامع الصغير كتاب الصوم
عقيب كتاب الصلوة لان كلا منهما عبادة بدنية بخلاف الزكاة واخر الزكاة
ههنا لانه كالوسيلة للصلوة باعتبار ارتياض النفس ولكن لا على وجه يتوقف
امر الصلوة عليه وجودا وجوازا كما كان في الطهارة فلذلك اخر عنها حطا لرتبة
الوسيلة عن المقصود انتهى وانت خبير بان الامر في الشهادة والقضاء
من القسم الثاني لان القضاء قد يكون بالاقرار والنكول وعلم القاضي •
ثم **اقول** يمكن ان يدفع المناقشة المتقدمة المذكورة بوجه اوضح
هو ان يقال كما ان حكم الحاكم في صورة الانكار يتوقف على قيام البينة

وشهادة الشهود كذلك بعينه يتوقف الشهادة في تحققها على وجود الحاكم
فانهم عرفوا الشهادة بانها اخبار صادق في مجلس الحكم فما لم يتحقق
الحاكم لا يتحقق مجلس الحكم فلا يتحقق الشهادة وانت خبير بان كتاب ادب
القاضي كما يبحث عن حال الحكم يبحث عن حال الحاكم فكما ان الاعتبار الاول يقتضي
تقديم الشهادة على القضاء فكذلك الاعتبار الثاني يقتضي تقديم القضاء
على الشهادة واما ما ذكره الجد الفاضل في ذيل كلامه المذكور من قوله مع ان
المحتاج هو القاضي فيلزم تحققه اولا فليس تمام لان معناه فانه ان اراد انه
لا بد من ان يسبق وجود المحتاج وهو المحتاج اليه فليس بذلك الا ترى ان عامة
الممكنات محتاج الى الباري القديم جل ذكره في وجودها اولا ثم في بقائها تعا
ثانيا وان اراد ان المحتاج يتصف اولا بالاحتياج ثم المحتاج اليه
فذلك ايضا غير مسلم فانهما يتحققان معا ولو سلم ذلك لا يظهر وجه الاحتياج
من القضاء الى القاضي بقوله مع ان المحتاج هو القاضي نعم يمكن ان يحمل المراد
على ان المحتاج الى الشهادة هو القاضي في نفسه وهو مقدم على الشهادة
وان كان القضاء مؤخرا عنها لكنه كان حق التعبير ان يقول بدل مع ان
المحتاج هو القاضي وهو متحقق اولا كما لا يخفى وفيه ما فيه فليتأمل **قال**
الشيخ نور الله تعالى تربته واعلى رتبته ومن محاسن الشهادة بالحق انها
مامور بها **اقول** فيه على ظاهره ان يقال لا حاجة الى تقييد الشهادة
بكونها بحق فانه ان اراد من الشهادة معناها اللغوي فمع ان ذلك خلاف
الظاهر سيذكر نفسه انها في اللغة عبارة عن الاخبار بصحة الشيء عن مشاهدة
وعيان لا عن تخمين وحسبان وان اراد معناها الاصطلاحي الشرعي
كما هو الظاهر فسيعرفه انه عبارة عن اخبار صادق فالحق ان الاتيان
بلفظ الحق اما للتنبيه او لارادة المعنى المجازي العام كما ذكر في شرح قول
صاحب التلخيص الحمد هو الثناء باللسان وذكر ايضا في تفسير قوله سبحانه
سبحان الذي اسرى بعبده ليلا الى غير ذلك من الايات واما بالتأسي
بكتاب الله تعالى **قال** فلا بد من حسنه قال الجد الفاضل ذكر ضمير الشهادة

باعتبار

باعتبار انها مامور بها **قلت** ويجوز ان يكون باعتبار الاخبار وقد شاع
التذكير باعتبار الاخبار قال الجد الفاضل رحمة الله عليه اي من صفات
حسنه ويؤيده قوله فلا بد من حسنه والا فكون الحسن عبارة عن كونه مامورا
به فذلك مذهب الاشعري ولا يرتضيه الحنفية يعني ان بين الاشعرية
والماتريدية نزاعا مشهورا في خصوص الحسن والقبح اجماله ان الحسن والقبح
عبارة عند الاشعرية عن نفس كون الفعل مامورا به ومنهيا عنه ونحن نقول
ان للافعال في حد ذاتها جهة حسن وقبح قد يستقل العقل في ادراكهما
اما بلا كسب كحسن تصديق النبي عليه السلام وقبح الكذب الضار واما مع كسب
كالحسن والقبح المستفادين من النظر في الادلة بتحصيل المقدمات وقد لا يستقل
كحسن صوم اخر يوم من رمضان وقبح صوم اول يوم من شوال وان الله تعالى انما
يامر بالعدل والاحسان فكل فعل امر الله تعالى بالاتيان به هو حسن جميل لذلك
يامر الله تعالى به والمفهوم من سياق كلام الشارح ان يكون حسن الشهادة كونها
مامورا بها فمعنى هذا صرف الجد الفاضل رحمه الله تعالى عليه كلامه عن ظاهره في جعل
المراد من كون الامر بها جهة حسن لها كونه دليلا على حسنها سببا لمعرفتها
وايد ذلك بقول الشيخ رحمه الله تعالى فلا بد من حسنه فلانه دليل على ان مراده
الاستدلال بالامر على كونها حسنا في حد ذاتها اذ لو كان المراد جعل الامر
بها حسنا لها لكان الحسن ثابتا بنفس الاية غنيا عن ان يستدل عليه
هذا ولكني **اقول** فيه بحث وانا وان قلنا ان للافعال حسنا وقبحا في حد
ذاتها لكنا لا ننكر ان كل فعل حسن اذا امر الله تعالى به يكون الامتثال بامر الله
تعالى حسنا من وجه اخر فيجوز ان لا يكون مراد الشيخ من كون مامورية الشهادة
حسنا لها انها دليل عليها معرف لها بل يكون مراده ان الله تعالى امر بها فكان
الاتيان بها لاجل كونها مامورا بها سببا لنيل الثواب والنجاة عن العقاب
وهذا عين الحق **قال** الفاضل التفتازاني في المبحث المزبور من التلويح
ان كل ما امر به الشارع فالاتيان به حسن لذاته يعني ان العقل يحكم بان طاعة
الله تعالى وامتثال امره حسن لذاته فيحسن الاتيان بالزكوة والصوم والحج

لكونه اتيانا بالمأمور به فالحسن بمعنى في نفسه نوعان نوع يكون حسنه لعينه
او لجزئه مع قطع النظر عن كونه اتيانا بالمأمور به كالايمان والصلوة ونوع
يكون حسنه لكونه اتيانا بالمأمور به كالزكوة ونحوها ويشترط في حسن هذا النوع
ان يكون الاتيان به لاجل كونه مأمورا به حتى لو لم يكن كذلك لم يكن حسنا المعنى في نفسه
وبهذا يندفع لزوم حسن جميع ما امر به لجواز ان يؤتى به لا على قصد الامتثال
الخ فتبصر قال الشيخ رحمة الله عليه وهي في اللغة عبارة عن الاخبار بصحة
الشيء عن مشاهدة وعيان قال الجد الفاضل اي بثبوته يعني ان الصحة قد يكون
بمعنى الوجود والثبوت كما قيل صح عند الناس اي تحقق وقد يكون بالمعنى المقابل
للفساد وليس المراد ههنا هو المعنى الثاني اذ لا قائل باختصاصه به قال
وفي اصطلاح اهل الفقه عبارة عن اخبار صادق في مجلس الحكم بلفظ الشهادة
اقول فيه تأمل اما اولا فلان الخبر من حيث هو هو مع قطع النظر عن
خصوصية القائل والمقول محتمل للصدق والكذب ولا يقطع الجزم بصدقه الا في
جزئيه واخبار الانبياء الكرام عليهم السلام والاخبار المتواترة ولا يذهب عليك
ان الشهادة ليست من هذا القبيل حتى انه قال بعض الشراح ومنهم السكاكي رحمة
الله عليه والقياس يأبى كون الشهادة حجة ملزمة لانه خبر محتمل للصدق والكذب
والمحتمل لا يكون حجة فاني يسوغ اخذ الصدق في تعريفه فالظاهر ان المراد هو الصدق
الظاهري واما ثانيا فلان هذا التعريف يشمل الجرح والاتيان اذا كانا
بلفظ الشهادة بان يقول المقر اشهد بان لفلان علي كذا او المدعي بانه
لي على فلان كذا فان اشهد بمعنى احلف اللهم الا ان يراد من كون الاخبار بلفظ
الشهادة كونه كذلك في وضع الشارع وتعيينه فيخرجان عنه لكنه لو قال
بحق للغير على غيره لكان اولى واظهر واما ثالثا فلان كونهما بلفظها
شهادة شرط كالعدالة لا ركن فيها فلا وجه لاخذه في التعريف فتأمل واما
ان قوله في مجلس الحكم على ان يقول في مجلس القاضي او في مجلس القضاء ليشمل مجلس الحكم
فانه يسمع البينة ويقضي بها والعجب ان الفاضل ابن الهمام غفل عن هذه
الدقيقة فقال في مجلس القضاء والظاهر انه اراد بالقضاء ما يعم حكم

الحكم

يكون

الحكم لكن الاولى ما فعله الشارح رحمة الله عليه تأمل قوله فالاخبار الجنس
يشملها والاخبار الكاذبة قال الجد الفاضل رحمه الله تع ويشمل سائر الاخبار
الصادقة اقول كانه اراد بهذا التعريض على الشارح رحمه الله من جهة
انه اقتصر ههنا على بيان شمول هذا القيد الشهادة والاخبار الكاذبة فقط ثم
ذكر فيما سيجيء خروج الاخبار الصادقة غير الشهادات وبيان الخروج من غير بيان
الدخول تمام لا يرتضيه الفحول بقي ههنا شيء وهو انه لم يذكر في هذا التعريف
قيود يتوقف قبول الشهادة عليها مثل ان يكون المخبر حرا مكلفا مسلما اذا كان
المدعى عليه مسلما غير محدود في القذف ليس بينه وبين المشهود له ولاد ولا
زوجية وان يكون الاخبار المذكور موافقا لدعوى المدعي لفظا ومعنى وان
يكون خبر كل من المخبرين موافقا لاخبار الآخر الى غير ذلك وعندي انه لا بأس في
ذكر القيود المذكورة لان عدم قبول الاخبار عند فوت هذه القيود لا يقتضي
عدم كون ذلك الاخبار شهادة شرعية لجواز ان تسمى بين الفقهاء شهادة
ولا يقبل قال وسبب تحملها اقول قال الجد الفاضل الشهادة التي
هي الاخبار مما لا يمكن تحمله فما ذكره مبني على الكلام النفسي والشهادة يطلق
على ما يتحمله بالاشتراك اللفظي يريد ان الشهادة لو كانت بمعنى القضية
المشهود بها لكان يمكن السقوط بتحملها بمعنى ضبطها وحفظها واخذها
بالبال على ما هي عليه لكنها عرفت ههنا بالاخبار في مجلس الحكم فكيف يمكن تحملها
وهو اجاب بوجهين احدهما ان المراد من الشهادة المعنى المذكور وهو الاخبار
لكنه اريد منه الكلام النفسي ومعنى تحمل ذلك ان ينتقش في ذهنه ان يقول
عند القاضي كذا وكذا وهو مما يمكن تحمله والثاني ان لفظ الشهادة مطلق بالاشتراك
على الاخبار المذكور وعلى المخبر به والمراد منه ههنا المعنى الاخير فمعنى تحملها حفظها
على ما هو عليه لكنه يأبى عن ارادة هذا المعنى قوله معاينة ما يتحملها له فلانه لو كان
المراد ذلك المعنى لم يقبل معاينته اذ المفروض ان الضمير في تحملها راجع الى الشهادة
والمراد من الشهادة الامر المشهود به المقصود اثباته وسبب التحمل ليس الا معاينة
ذلك ولو او لو سلم طريق الاطناب واختير الاظهار على الاضمار لم يقبل معاينة

ما يحملها بدون قوله له كما لا يخفى على المتأمل الخبير والناقد البصير قوله او خوف
فوات حق المدعي **قال** وشرطها العقل الكامل الخ **اقول** لنا شرعي
لم يذكر عدم المحدود بحد القذف لا في تعريف الشهادة ولا في شرائطها وكذا
كان ينبغي ان يذكر اشتراط عدم كون الشاهد اصلا للمدعي او فرعا له وكذا الزو جية
واشتراط موافقة الشهادة للدعوى وموافقة كلام احد الشاهدين للآخر الى
غير ذلك **قال** والقدرة على التمييز قال الجد الفاضل رحمه الله تعالى اي بالبصر
اقول يعني ليس المراد من القدرة على التمييز منهما القدرة على التمييز العلمي فانه
وظيفة المفتي والقاضي وانما اللازم للشاهد ان يقول ان لفلان على هذا
مبلغا كذا مثلا تأمل **قال** والاسلام ان كان المدعى عليه مسلما **اقول** لا حاجة
الى هذا القيد بعد ذكر قيد الولاية فان ولاية المدعي على المسلم منتفية على
ما نص عليه المص حيث قال وبخلاف شهادة الذمي على المسلم لانه لا ولاية له
بالاضافة اليه **قوله** اي ليقيموا الشهادة او ليتحملوها جاز ان يكون
اللام فيهما متعلقة بدعوا اي لا يأبى الشهداء اذا ما دعوا لاقامة الشهادة
واداءها او لتحملها في اول الامر وجاز ان يكون لام العرض فيكون بيانا لحاصل
المعنى يعني يجوز ان يكون الآية نهيا للشهود عن الاباء عن تحملها عند طلب المدعي
فيؤول الى الامر بتحملها ويكون التقدير ليتحملوها واعترض الجد الفاضل رحمه الله
على قول الشارح او ليتحملوها حيث قال والاستدلال بالآية الكريمة على المص
موقوف على ان يكون المراد اذا ما دعوا ليقيموا الشهادة فلا وجه لقوله او ليتحملوها
في هذا المقام بل الوجه ان يقال لا ليتحملوها لانهم قبل التحمل ليسوا شهداء
ولا ضرورة تدعونا الى ارتكاب المجاز **اقول** فيه بحث اما اولا فلان
توقف الاستدلال بالآية الكريمة المطلوب على ان يكون المراد بها النهي عن الاباء
عن الاقامة بل يستدل بها على تقدير ان يكون المراد النهي عن الاباء عن التحمل
اذ لا يخفى على ذي مسكة ان المقصود من التحمل هو الاداء فاذا امر الشهود
بتحملها عند طلب المدعي ونهوا عن الاباء عنه يعلم منه كون الاداء عند مساس
الحاجة اليه مأمورا فاذا افرض ان الوسيلة فرض يلزم منه افتراض المقصود

بطريق

بطريق الاولوية لا يقال ذلك استدلال عقلي مرجعه الى القياس وهو دليل
ظني لا يثبت به الفرضية لانا نقول لزوم افتراض الاداء من افتراض التحمل
امر ظاهر بلا تمويه وشيء واضح لا شبهة تعتريه فمرجعه الى الدلالة لا
القياس كما لا يخفى على من له بهذا الفن ممارسة واستيناس وفيه ما فيه
فليتامل واما ثانيا فلان المفهوم من سياق كلامه ان يكون قول الشارح وسموا
شهداء باعتبار ما يؤول اليه اي على الاحتمال الثاني والظاهر ان الحال ليس
كما قال بل الامر في الاحتمال الاول ايضا كذلك لان الشهادة اللغوية والا
صطلاحية عبارة عن الاخبار وتسمية الشاهد شاهدا قبل الاداء والاخبار
مجاز باعتبار الاول كما ان تسميته قبل التحمل كذلك اللهم الا ان يقال قد سبق
جواز ان يكون لفظ الشهادة مشتركا لفظيا في الاخبار والكلام النفسي
ولا يخفى ان الشاهد بعد التحمل وقبل الاداء يكون متصفا بالشهادة بمعنى الكلام
النفسي حقيقة وان لم يكن متصفا بالاخبار فتأمل **قوله** فكان اظهار
الاداء واجبا **اقول** الاداء هو الاظهار فاضافته اليه مما لا وجه
له كما لا يخفى على المتامل فكان الصواب ان يقول وهو يساوي الاظهار الذي
هو الاداء فيكون واجبا **قوله** وهو خفي فيما ذكره المص بقوله وانما يشترط
طلب المدعي **اقول** اذا حمل مراد المص من الاشتراط ذكره باداة الشرط في قوله
تعالى اذا ما دعوا وفي قول القدوري اذا طالبهم المدعي فاللازم منه كونه
شرطا جعليا نحويا لا شرطا حقيقيا مقابلا للسبب الا ترى انك اذا قلت
اذا قطع راس احد يموت فقطع الراس سبب للموت بلا ريب مع انه مذكور
في صورة الشرط فتدبر **قوله** لانه خطاب وضع يدل على سببية غيره ليس
مراده ان من شأن خطاب الوضع ان يدل على سببية غيره لا على اشتراطه فالطلب
المذكور بلفظ الدعوة في قوله تعالى اذا ما دعوا سبب لاداء الشهادة لا شرط
لها حتى يرد عليه ما ذكره الجد الفاضل نقلا عن التوضيح من ان خطاب الوضع
قد يتنوع الشرطية بل مراده ان خطاب الوضع موضوع لافادة سببية
شيء لشيء او شرطيته له فلا يكون هو بنفسه سببا لشيء فلا يجوز ان يكون

القولان المذكوران سببا لاداء الشهادة فتامل **قوله** والشهادة في الحدود
يخير فيها الشاهد **اقول** انما لم يذكر القصاص ههنا مع الحدود مع انه لا يكاد
ينفك ذكره عن ذكرها في عامة المواضع بناء على ان حق العبد فيه غالب على ما تقرر
في الاصول والعبد محتاج فقير فيكون كتم الشهادة فيه حراما ولعل من هذا
ثبت القصاص ببيان فيه شبهة على ما ذكره المص في مسائل شتى في آخر الكتاب
حيث قال واذا كان الاخرس يكتب كتابا او يومي ايماء يعرف به فانه يجوز
نكاحه وطلاقه وبيعه وشراؤه ويقبض منه الى قوله والقصاص
حق العبد ايضا ولا حاجة الى الحدود لانها حق الله تعالى وانها تندرئ
بالشبهات ثم الفرق بين الحدود والقصاص ان الحد لا يثبت ببيان فيه
شبهة الا ترى لو شهدوا بالوطي الحرام او اقر بالوطي الحرام لا يجب فيه الحد
ولو شهدوا بالقتل المطلق او اقر بمطلق القتل يجب فيه القصاص
وان لم يوجب لفظ التعمد وهذا لان القصاص فيه معنى العوضية لانه
شرع جائزا فجاز ان يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات الى نعم ان ما ذ كن
هناك يري مخالفا لما ذكره في باب كتاب القاضي الى القاضي والشهادة
على الشهادة فتامل في التوفيق **قال** ورد بان الاعتبار لعموم اللفظ
لا لخصوص السبب اعترض عليه الحبر الفاضل رحمه الله تعالى حيث قال العموم
م لجواز ان يكون اللام للعهد اعني شهداء الديون **اقول** جاز ان يكون
مراد المعترض القدح في تعليل المجيب حمل الاية على المداينة بكونها نازلة
فيها فتامل **قوله** المحتاج الى الاموال **اقول** لو قال لخوف فوات
حق المحتاج وطرح ذكر المال عن البين لكان اولى فان هذا التعبير يشعر
بان حرمة الكتم مختصة بالحقوق المالية للعباد وليس كذلك الا ترى
انه يحرم في صورة دعوى العبد عتقه ودعوى الرجل نكاح امراة الى
غير ذلك **قوله** واما الثاني فلان الستر والكتمان الى قوله والله
تعالى غني عن العالمين فيه ان من الحد وحد القذف وفيه حق العبد المحتاج
الا ان يقال انه لا عبرة للمغلوب فتدبر **قوله** وهو منقطع

لان الشهادة بالمال ليست بداخلة في الشهادة بالحدود **قوله** لم يستثن
ههنا الشهادة بالمال عن الشهادة في الحدود استثناء الحمار عن القوم في
قولك جاء في القوم الا حمارا حتى تعلل كون الاستثناء ههنا منقطعا
بعدم الدخول بل ذكر وجوب الشهادة بالمال بطريق الاستدراك عن التخيير
في الشهادة بالحدود فالا ههنا بمعنى لكن فالاستثناء منقطع ولو فرض
دخول المستثنى في المستثنى منه تقرر ذلك في الاصول وقد ذكره جد نا
سعد الافاضل في حاشية تفسير البيضاوي في سورة النور **قال** ولقوله
تعالى ثم لم ياتوا باربعة شهداء ان قلت استدل المفسرون بكون المراد
من الرمي في صدر هذه الاية الرمي بالزنا باعتبار اربعة شهداء فيها قالوا
ما من جناية يتوقف ثبوتها على اربعة الا الزنا فعلم ان المراد من الرمي
بالزنا فلو استدل على اشتراط الاربعة في الزنا بهذه الاية صار دورا قلت
ان من يتمسك على ان المراد بالرمي في الاية الرمي بالزنا باشتراط من الشهداء
فيها لا يحتج على اشتراط اربعة في الزنا بهذه الاية بل يحتج بالاية الا لي
او بالاجماع المنعقد على وجوب اربعة في الزنا ومن يتمسك على اشتراط
اربعة في الزنا بهذه الاية لا يحتج على كون المراد من الرمي فيها الرمي بالزنا
باشتراط اربعة من الشهداء فيها بل بامر آخر كوصف المقذوفات بالاحصان
او الاجماع المنعقد على ان المراد من الرمي الوارد فيها الرمي بالزنا الا ترى
ان المص قال في صدر باب حد القذف اذا قذف الرجل رجلا محصنا او امراة
محصنة بصريح الزنا وطلبا ان المقذوف حده الحاكم ثمانين سوطا لقوله تعالى
والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء والمراد به الرمي بالزنا بالا جاع
انتهى فلا يلزم الدور ونعم ان المص قال هناك بعد كلامه المذكور وفي النص
اشارة اليه اي الى ان المراد الرمي بالزنا وهو اشتراط اربعة من الشهداء اذ هو
مختص بالزنا فاستتبع كلامه المذكور ما عد فيما مر من قبيل المحذور **قوله**
ولفظ اربعة نص في العدد والذكورة يعني ان فيها دلالة على كلا الامرين
اما الاول فظاهر واما الثاني فبمقتضى قاعدة عكس التانيث فليس المراد

من النص المصطلح اذ ليس سوق الكلام له فتامل **قلت** واما اشتراط
الاربعة من الشهداء فيه دون القتل العمد اغا قيد القتل بالعمد لان الكلام في
اختصاص الزنا من بين الحدود وما يشاكلها من القصاص باشتراط اربعة
والعمد هو السبب للقصاص دون غيره فلا مساس لغير العمد بالمقام ثم ان
ماذكره من الوجه لاختصاص الزنا بالاربعة لا يشفي العليل ولا يروي الغليل
فان ماله الى ان الله تع يحب الستر على عباده ولا يرضى باشاعة الفاحشة
والشيوع المعتبر شرعا هو ما يكون بعد الثبوت فشرط لثبوت الزنا اربعة
من الرجال ليكون ثبوته على قلة فان اشتراط الكثرة في الشهود
مستتبع لقلة الثبوت لان ما كثر شروطه قل وقوعه ولا ريب
ان هذا المعنى عام في جميع الحدود فان الستر مندوب اليه في الكل على ما سبق
فالظاهر ان الحكم في ذلك شيء غير ما ذكر وقيل ان الزنا فعل اثنين فيشترط
على كل واحد منهما اثنين وليس بذاك فانه اذا كان ثبوت الزنا بالاقرار يشترط
ان يقر كل من الزاني والزانية اربع مرات في اربعة مجالس ولا يخفى ان
اقرار كل منهما انما يكون حجة على نفسه فهذا دليل واضح على ان اشتراط اربعة
من الشهود ليس بما ذكر **قوله** وانما قال شبهة البدلية لان حقيقتها انما تكون
فيما امتنع العمل بالبدل انتهى يعني ان المراد من شبهة البدلية لان شبهة ان
يكون بدلا لا حقيقتها وليس الامر عندي كما زعمه بل المراد من شبهة البدلية شبهة
ناشية من كونها بدلا منها وانما قال شبهة البدلية لان الحدود تندرئ
بالشبهات فاشار الى ان عدم قبول شهادة النسوان من الشبهة الدارئة للحد
ولا يلزم ان شهادة النساء بدل عن شهادة الرجال حقيقة نهاية الامر انه
لا احتمال مراد المص على ذلك لانه وقع في هذا التعبير من المص في الشهادة على الشهادة
مع ان المراد فيه ما ذكرنا اذ لا شك في بدليتها هناك فانه لا يجتمع مع الاصل
اذ قد تقرر ان شهادة الفرع لا تسمع الا صورة موت الاصول او كونهم ببعد
من المدعى عليه او بمرضهم مرضا مانعا عن الحضور في مجلس الشرع ويؤيد ذلك في هذا
التفسير فلا يجري فيها ما ذكره هاهنا امكان العمل بالاصل ولئن اجيب عنه بانه

وان

وان اشترط في سماع شهادة الفرع عن شهادة اصله الا انه يجوز ان يجتمع
الفرعان مع الاصل الاخر وفي الابدال لا يجوز ذلك ايضا على ما اشار اليه
ابن الهمام هناك حيث قال فاورد على هذا لو كانت بدلا لم يجز شهادة اصل
مع فرعين اذ البدل لا يجامع الاصل ولا شيئا منه قلت وكذلك ذكر في كتاب القاضي
الى القاضي حيث قال ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص لان فيه
شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة انتهى ولا يخفى ان البدلية فيه امر
واضح بلا تمويه **قوله** فانها جائزة مع امكان العمل لشهادة الرجلين **اقول**
يكفي في الدلالة على عدم حقيقة البدلية اجتماع شهادتهما لشهادة الرجل
الاخر على ما فهم مما نقلنا من ابن الهمام آنفا **قوله** فبقي الباقي على تناوله لقائل
ان يقول اذا خرج باب الزنا بمنطوق الاية فلم لا يخرج سائر الحدود بدلالته
او بالقياس عليه قال صاحب النهاية رحمه الله تعالى فلما اختص باب الزنا بالاربع
من الرجال بقوله تع واللاتي يأتين الاية لا يلحق به غيره في العدد بالقياس
لوجوه وهي ان القياس لا يجري في المقادير والاعداد والثاني ان القياس لا يجري
في الحدود والثالث عدم مساواة غيره به لما ذكرنا ان مجرد النسبة الى الزنا
موجب للعقوبة المقدرة بخلاف سائر الكبائر فلا قياس **اقول** في كل
من الكلمات المذكورة بحث ونظر اما في الاول فلانه انما يجري القياس في مقادير
الشرع لكونها غير معقولة المعنى كما افصح عنه كلمات ائمة الاصول الا يرى ان
ما ذكره صدر الشريعة في التنقيح حيث قال وشرطه يعني القياس ان يكون حكم الاصل
مخصوصا به كشهادة خزيمة والاحكام المخصوصة بالنبي وان لا يكون معدولا عن القياس
وهو اما بان لا يدركه العقل كاعداد الركعات وقال في التلويح ان الشرط الثاني
معنى عدم الاول لكونه من اقسامه على ما ذكره الآمدي في الاحكام من ان المعدول به عن
سنن القياس ضربان احدهما ما لا يعقل معناه وهو اما ان يكون معدولا
عن قاعدة عامة كقبول شهادة خزيمة وحده او لا يكون كذلك بل يكون مبتدأ به كاعداد
الركعات ونصب الزكاة ومقادير الحدود والكفارات انتهى وليس تعيين
الاربعة في الزنا من هذا القبيل بل هو معلل بكون الزنا فاحشة يجب سترها

وطلب قلة ثبوتها فكان ينبغي ان يلحق به سائر ما يحتجب فيه الستر من الحدود د
فتدبروا اما الثاني فلان ما ذكر من عدم جريان القياس في الحدود ليس الا
لكون القياس دليلا فيه شبهة والحد يندرئ بالشبهات ولا يذهب على ذي
مسكة ان ذلك ان يقتضي عدم جريان القياس فيها بمعنى اعماله في اثباتها
ولو قلنا بوجوب الاربعة في عامة الحدود لكان ذلك اعمالا له في درئها
واسقاطها وذلك امر واجب وبالجملة ان اشتراط الاربعة في حد الزنا
بالنص الناطق بذلك يورث شبهة اشتراطها في سائر الحدود بطريق
القياس والشبهة كانت فيه في سقوطها فما بالها لم تؤثر ههنا في الاسقاط
ثم انه يرد على الوجهين المذكورين ان مقتضى ما ذكر انسداد باب الالحاق
بطريق القياس ولم لم يلحق بطريق الدلالة فافهم واما في الثالث فلان
اللازم مما ذكر من كون فاحشة الزنا اعظم في سائر اسباب الحدود عدم مسا واتها
لها من جميع الوجوه وليس ذلك بلازم في الالحاق بطريق القياس وانما يتوقف
ذلك على المساواة فيما هو مناط الحكم في الاصل وذلك استحباب الستر والكل
مشترط في ذلك **قال** لان حقيقتها انما تكون فيما امتنع العمل بالبدل مع
امكان الاصل قال الحبر الفاضل رحمه الله تعالى فيه ان ذلك في الخلف لا في البدل
فان المسح على الخف بدل عن غسل الرجل مع انه يصار اليه مع امكان المبدل منه
اقول اراد الشارح بالبدل بدل الخلافة والشرط المذكور معتبر فيه على
ما نص عليه الفاضل التفتازاني حيث قال في مبحث النهي من التلويح فان قيل
هذا بدل على خلافة كما في التيمم لا بدل مقابلة كما في البيع فوجب ان لا يعتبر عند
القدرة على الاصل قلنا نعم الخ ثم ان ما ذكر من صحة المصير الى المسح مع امكان
المبدل منه وهو الغسل محل بحث فانه ان اراد به الامكان العقلي فمسلم الا انه يمتنع
ممتنعا شرعا والمسح انما خص لدفع الحرج على ما نص عليه المص في بابه الا يرى ان
المصير الى شاهد الفرع والى كتاب القاضي الى القاضي مع كون الشهود بعيدا لشهود
عليه بمسيرة سفر لا بعد يصار الى البدل مع امكان الاصل لان احضار الشهود
الى بلد المشهود عليه او حضور المشهود عليه الى بلد الشهود ممكن عقلا لا شرعا

ثابتة

ثابتة الامتناع فتامل **قوله** ووجه القران في النظم لا يوجب القران
في الحكم **اقول** ليس مراد المعترض ان هذه الاية عقبت بما وهذه كانت
متناول الحدود وغيرها فتلك الاية ايضا متناولة صورة التعقيب والقران
حتى يجاب بما ذكر بل مراده ان الاية الثانية تتناول الحدود وغيرها
لما مر من عموم اللفظ **قوله** لانه في تعداد غير المال **اقول** فيه شيء
لا يخفى جوابه **قوله** لعدم توقفها عليها قال الحبر الفاضل رحمه الله تع
لتقدم اهلية الشهادة على الاداء **اقول** فيه بحث اما اولا فلان
ما ذكر انما يدل على عدم اشتراط الاداء وحده وعلى عدم اشتراط المجموع لكون
الاداء منها واما عدم كون المشاهدة والضبط شرطا فلا دلالة فيما ذكر
عليه فليتامل واما ثانيا فلان المراد من الاداء الذي عد مما يبتني عليه
اهلية الشهادة ليس الاداء بالفعل بل القدرة على الاداء على الوجه اللائق
المعتبر شرعا كما ان المراد من المشاهدة والضبط القدرة عليهما وكون ذلك
متاخرا عن اهلية الشهادة غير بين ولا مبين **قوله** على انه لا يلزم
من وجوده وجود شروط **اقول** ولا يرد عليه انه اذا علق رجل عتق
عبده بدخوله الدار فدخل ووجد الشرط يوجد المشروط بلا نزاع لان ذلك
في الشرط الجعلي النحوي وليس الكلام فيه بل في الشرط الحقيقي كالطهارة
للصلوة **قوله** فانا لو فرضنا وجود اهلية الشهادة اعترض عليه الحبر
الفاضل رحمه الله تع ثم اجاب حيث قال اللازم من هذا التعليل التوقف
لا العلية الا ان يتركب التاويل في كلامه بان يراد بالعلية المدخلية
فيها **اقول** لو اريد بالعلية المدخلية فيها بان يراد بالعلة ما يعم
الشرط مثلا لا يكون الجواب جوابا لانه يرد عليه صريح ما اسلفه بقوله على انه
لا يلزم من وجوده وجود المشروط على انه لا يساعد التوجيه المذكور
قوله واذا كانت علة استلزم وجودها وجود معلولها وهو القبول
فتامل **قال** ولم يذكر الجواب عن قوله النقصان العقل **اقول** فيه
بحث فان الاظهر انه لم يذكر الجواب عن قوله النقصان عنده بل الجواب المذكور

بقوله والنقصان ونقصان الضبط بزيادة النقصان انجبر بضم الاخرى
اليها يكون جوابا عن ذلك ايضا فان نقصان العقل سبب لاختلال الضبط
فاذا انجبر بضم الاخرى اختلال الضبط انجبر نقصان العقل ولعله انما قال
في الجواب ونقصان الضبط ولم يقل واختلال الضبط مع ان التعبير فيما سبق
كان كذلك اشارة الى ان الجواب المذكور جواب عن مجموع قوله النقصان العقل
واختلال الضبط حيث اخذ لفظ النقصان من الاول واضافه الى الضبط
من الثاني كانه ذكر مجموع الجملتين فافهم الاشارة نعم يحتمل ان يكون مراده من
نقصان الضبط النقصان الناشي من اختلال الضبط ويكون اختيار لفظ
النقصان ليتم معنى الانجبار والله اعلم ولعل مراد الجد الفاضل رحمه الله تعالى
من قوله فيه بحث ما ذكرنا **قال** لكان تكليفهن دون تكليف الرجال
في الاركان اي في اركان الدين المذكورة في قوله عليه الصلوة والسلام
بني الاسلام على خمس فلا يرد عليه الجهاد فتامل والله ولي الارشاد **قال**
الجد الفاضل الابوي انها لا يعرض لها الصلوة **اقول** فيه بحث فانه
لو عرض لكن يسقط بعذر مستتبع للحرج اداء وقضاء كما هو مذهب ابي زيد
الدبوسي على ما ذكره الشارح نفسه في باب الحيض وفيه ما فيه **قال**
وتقبل في الولادة والبكارة والعيوب هذا من قبيل الضوابط الشرعية فانه
مرجعها الى ان يقال كل ما كانت القضية المشهود عليها من قبيل الولادة
والبكارة والعيوب بالنساء في مواضع لا يطلع عليها الرجال تقبل
فيها شهادة امرأة واحدة والمعتبر في الضوابط الطرد لا العكس فلا يرد
عليه جواز شهادة الرجل الواحد في الولادة والعيوب الخ واما احتمال
انفهام التخصيص من التخصيص الذكري لكون المفهوم معتبرا في الروايات
كما ذكره الجد الفاضل رحمه الله تعالى فليس بشيء فان المفهوم انما يعتبر في الر وايات
عندنا في المواضع التي يعتبر بها في الادلة عند غيرنا ولا دلالة ذكر قبول شهادة دة
المرأة على عدم قبول شهادة الرجل انما هو بطريق مفهوم اللقب وهو
مما لا يقول به من يقول عليه ثم ان قول الجد الفاضل رحمه الله فالاصوب

ان يقال سكوته عن قبول شهادة الرجل الواحد بناء على فهمه مما ذكره بطريق الكلام
انتهى مم فان فهمه مما ذكر لا يكاد يصح بطريق القياس فضلا عن الدلالة لان
جواز نظر المرأة الواحدة في الفرج والمواضع التي لا يجوز النظر اليه لا يقتضي
جواز نظر الرجل الواحد لكان يلزم ذلك في البكارة ايضا فليتامل **قوله**
والجواب ان يقال خفة النظر الخ حاصل الجواب بعنوان ان النظر الى جانب خفة
النظر يقتضي عدم وجوب العدد والاكتفاء بالواحد والنظر الى جانب الالزام
يقتضي وجوب العدد واشتراط الاربع لقيام كل امرأتين مقام رجل واحد
فوفينا للجهتين حقهما فقلنا بكفاية الواحد نظرا الى الجهة الاولى واليه
الاشارة بقوله قلنا بعدم الوجوب انتهى وقلنا بالاحوطية الاثنتين
والثلث نظرا الى الجهة الثانية واليه الاشارة بقوله والجواز احتياطا
اي قلنا بالجواز احتياطا فعلى هذا لا يتجه على الجواب المذكور ما ذكره الجد
الفاضل بقوله فيه بحث اذ لم يثبت بما ذكره احوطية العدد انتهى الا ان يكون
كلامه في صيغة التفضيل والامر فيه سهل **قوله** واما حكم البكارة
فان شهدن انها بكر يؤجل في العنين ويفرق بعده **اقول** يعني ان
شهدن انها بكر في اول النزاع وانكر الزوج بكارتها بل ادعى الوصول اليها
يؤجل وان شهدن انها بكر بعده اي بعد التاجيل وتمام الاجل يفرق بينهما
لا انه ان شهدن انها بكر في اول الامر يؤجل ثم يفرق بتلك الشهادة
فان القول بذلك على الاطلاق غير صحيح بل اذا وقع النزاع بعد تمام
الاجل لا بد من شهادتهن ثانيا فتامل **قال** وكذا في رد المبيع
اذا اشتراها بشرط البكارة اي كما تقبل شهادتهن ويعمل بموجبها عند
تاييدها بمؤيد في صورة العنين في التاجيل والتفريق كذلك تقبل ويعمل
بموجبها خصوصا في رد المبيع اذا اشتراها بشرط البكارة وشهدن بالبكارة
يعني لا يرد وصورة المسئلة ما اذا باع جارية بشرط البكارة ثم وقع النزاع
بين المتعاقدين وادعى المشتري انها ثيب فاراها القاضي للنساء
فقلن انها بكر لان البكارة هي الاصل ومقتضى العقد هو اللزوم

فالمدعي هو المشتري واقامة البينة انما تجب عليه فاذا قلتن هي بكر يكون
عدم قدرة المشتري على رد الجارية المبيعة لعدم اثباته بالبينة وعجزه
عن اقامة الحجة لا لاقامة البايع بينة على البكارة فلا تكون هذه الصورة
دليلا على قبول شهادة النساء عند تايدها بمؤيد قلنا نعم ان الامر في جليل
كذلك الا انه لو كان في الحقيقة كذلك لكان يقدر المشتري على استحلاف البا بيع
وليس كذلك فشهادتهن دافعة للحلف عنه وباعثة لقبول قوله بلا يمين فكانه
حجة واليه اشار الشارح بقوله وان كانت مبيعة شرط البكارة فلا يمين
على البايع لذلك اي لتاييد شهادتهن بمؤيد وهو كون البكارة هي الاصل
وبمقتضى البيع اي لتايد شهادتهن بمؤيد آخر وهو ان مقتضى البيع
هو اللزوم وعدم الفسخ بالرد وبهذا علم ان بينة المدعى عليه ايضا تقبل
في حق دفع الحلف عنه وابقاء ما كان على ما كان فيجعل قبول بينة المودع
في دعوى رد الوديعة مع كونه منكرا في المعنى لانكار الضمان وان كان
مدعيا للرد صورة وكون العبرة عند الحذاق للمعنى من هذا القبيل
فيندفع ما ذكره الشارح هنالك والجد الفاضل وبعض اجلة الشراح
بالكلية والحمد لله على الوضوح بقي ههنا شيء وهو ان قبول شهادتهن
في هذا الخصوص كما نرى في مجرد دفع الحلف عن البايع لا في ثبوت الحق
بها والامور الضعيفة كالاستصحاب يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق
والاثبات فلا حاجة الى تعليل قبولها ههنا بكونها مؤيدة بمؤيد فتامل
متكلا على الله المعين قال فان قلن انها ثيب يحلف البايع ذهب
الشارح الى ان المراد من تحليف البايع تحليفه على عدم وجود العيب عند
البايع فيكون المعنى ان قلن انها ثيب الآن في يد المشتري يحلف البايع
على عدم ثيابتها في يد البايع فورد عليه ان ثبوت الثيابة في يد المشتري
يكون بقولهن ويكون التحليف على ثبوتها في يد البايع والامر في شهادة
الرجال ايضا على هذا المنوال فلا يكون في هذا التحليف دلالة على ضعف
شهادتهن وعدم جواز الاكتفاء بها عند عدم تايدها بمؤيد فلا يكون

ح فرق بين شهادتهن وشهادة الرجال وقد تصدى الجد الفاضل رحمه
الله لابداء الفرق بينهما بدعوى ان النزاع اذا كان قبل تسليم الجارية
المبيعة الى المشتري وقلن انها ثيب الآن يحلف البايع على عدم ثيابتها الآن
ويكون الضم المذكور لضعف شهادتهن حتى لو كان النزاع في تلك الصورة في عيب
اخر يطلع عليه الرجال وشهد رجلان بثبوته ترد شهادتهما بلا تحليف ولا يخفى
ما في ذلك فانه يلزم من ذلك ان لا يكون فرق بين شهادتهن وشهادة الرجال
فيما اذا كان الخصومة بعد التسليم الى المشتري وان يثبت بشهادتهن ما يثبت
بشهادة الرجال في تلك الصورة وان يكون الفرق مقصورا على صورة عدم التسليم
ولا يخفى ما فيه من التحكم على المتامل المتدبر والذي يخطر بالبال والله اعلم
بحقيقة الحال ان المراد من تحليف البايع تحليفه على عدم ثيابتها في يد المشتري
للآن يعني اذا ادعى المشتري ثيابتها وهي مسلمة اليه يريد القاضي النساء
فان قلن انها ثيب الآن يحلف البايع على عدم ثيابتها الآن ولا يكتفي في حق
سماع الدعوى بقولهن بل يريد ان ينضم اليه نكول البايع لضعف قولهن ع
وبالجملة انه يريد النساء فان قلن انها ثيب في يد المشتري لا يكتفي به في توجه
الخصومة وسماع الدعوى بل يحلف البايع على عدم علمه بثيابتها الآن في
يد المشتري فان نكل فالآن سمع الدعوى ويحلف البايع على عدم ثيابتها في يد
البايع فينفسخ يظهر نقصان قولهن عن قول الرجال فانه اذا شهد الرجال
بثبوت العيب في يد المشتري لا يحلف البايع الا على عدم ثبوته عنده ان قيل
اذا كان قولهن ضعيفا لا يكتفي به في حق سماع الدعوى فاوجه ضمه الى النكول
والنكول وحده حجة في امثال هذه الامور عادية عن شوائب القصور فاذا
كان لا بد منه في حق سماع الدعوى وتوجه الخصومة كان الصواب ان يكتفي
به من غير ارسال النساء قلت ظهور فائدته تستدعي نوع بسط وتفصيل
وهو ان المشتري بعد قبض المبيع اذا ادعى ثبوت عيب في الحال وثبوته
في يد المشتري فيحكم ان يكلف باقامة البينة على ثبوته في الحال لسماع الدعوى
وتوجه الخصومة فان اقام بينة على ذلك فح تسمع دعواه ويحلف البايع

على عدم ثبوته في يده وان عجز عن اقامة البينة على ثبوته في الحال واراد
تحليف البائع على عدم علمه لثبوته حالا في يد المشتري يحلف على قولهما واختلف
المشايخ على قول ابي ح فذهب البعض الى انه لا يحلف لان الحلف يترتب على
دعوى صحيحة ولا يصح الدعوى الا من خصم ولا يصير خصما الا بعد قيام العيب
فالتحليف على عدم علمه بقيام العيب في الحال قبل ثبوت العيب في الحال غير صحيح
الى التحليف البعض وذهب موافقا لمذهبهما ذاهبا الى ان الدعوى معتبرة
حتى يترتب عليها البينة فيترتب التحليف فجاز ان يكون اداؤهن ليثبت
العيب بقولهن نوع ثبوت مصحح للتحليف على مذهب ابي ح على راى ذلك
البعض من المشايخ فيحلف البائع بعد ذلك على عدم ثبوته في الحال عند المشتري
فيظهر حينئذ وجه ضعف قولهم والفرق بينهن وبين الرجال في جميع
الصور والله تع اعلم هذا ثم ان الظاهر من سياق كلام المص والشارح
ان لا يكون خلاف بين ائمتنا في وجوب ضم النكول الى شهادتهن عند عدم
تأيدها بمؤيد وان يكون التحليف في صورة قول النساء بثيابة الجارية
المشتراة انها كذلك بالاتفاق وقد ذكر الامام قاضيخان في مفتتح كتاب
الايمان من كتابه المسمى بالزيادات انها خلافية حيث قال في تفصيل
ايجاب العتق بلفظ عام واستثناء البعض بصفة عارضية غير
ظاهرة ولو قال كل جارية لي فهي حرة الا جارية ثيبا ثم قال هذه
ثيب وانكرت لا يصدق لان البكارة اصل فكان العتق واقعا بحكم الاصل
لكن القاضي يريها النساء فان قلن هي بكر عتقت لا بشهادة النساء
بل كان الاستثناء لم يثبت وان قلن هي ثيب لم تعتق لان هذا مما
لا يطلع عليه الرجال فيقبل فيه شهادة المرأة الواحدة لان عندهما
شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال حجة اما على قول ابي ح شهادة
النساء لا يكون حجة الا اذا تايدت بمؤيد كالحبل الظاهر وغيره
فلا بد من يمين المولى **قوله** وقوله بالله لقد بعتها وهي بكر **اقول**
الحلف على هذا الوجه غير صحيح لما فيه من ترك النظر للمشتري لجواز ان

يكون

يكون بكرا حال البيع لكن زالت بكارتها بعده قبل التسليم وذلك كاف في الرد
فكان ينبغي ان يحلف في هذه الصورة والله هي الآن بكر وقد سبق من المص
بيان صحة الحلف على هذا الوجه حيث قال انما لا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا
العيب ولا بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لان فيه ترك النظر للمشتري
لان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد والاول ذهول عنه
والثاني يوهم تعلقه بالشرطين فيتناولهما في اليمين ولا يمكن التفصي ورد هذا
الاشكال على كل حال اللهم الا ان يقال ان ما ذكر في العيب فان الشرع
جعل العيب الحادث بعد البيع قبل التسليم سببا للرد وانت خبير بان عدم
البكارة ليس من العيوب وانما يتنازع فيه لكون البيع بشرط البكارة فجاز ان
يكون حكم الشرط فيه انها اذا كانت بكرا حال البيع ينسد باب الرد لوجود
الشرط فتأمل قال ولا يسأل حتى يطعن الخصم اقول فان لم يطعن الخصم في الشهود
في الخصم فهو على وجوه ثلاثة ان قال هم عدول صدقوا فيما شهدوا علي او قال هم
عدول جائز شهادتهم لي وعلي او قال هم عدول ولم يزد ففي الوجه
الاول والثاني القاضي يقضي عليه بدعوى المدعي ولم يسأل عن الشهود
لانه اقر بالحق وان قال هم عدول ولم يزد او قال هم عدول الا انهم
اخطأوا في الشهادة فهذا على وجهين اما ان كان المدعى عليه عدلا يصلح
للتزكية او لا يصلح بان كان مستورا او فاسقا فان كان عدلا ينظر ان كان
المدعى عليه لم يجحد دعوى المدعي عند الجواب بل سكت حتى شهد عليه الشهود
ثم قال هم عدول قال ابو ح وابو يوسف القاضي يقضي للمدعي بشهادتهم
ولا يسأل عنهم سواء كان المدعي حقا يثبت مع الشبهات او لا يثبت
وقال محمد لا يقضي قبل السؤال عنهم لان عنده وان كان قول الخصم تعديلا بلغ
والعدد في المزكي شرط عنده وعندهما لا يشترط العدد وان كان المدعى
عليه عند دعوى المدعي جحد دعوى المدعي فلما شهد الشهود عليه قال
هم عدول في بعض الروايات جعل هذا على الخلاف الذي تقدم عندهما
يقضي القاضي من غير سؤال وعند محمد لا يقضي ما لم يسأل عنهم هذا اذا كان

المدعى عليه عدلا فان كان فاسقا او مستورا لا يصح تعديله ولا يقضي القاضي
ولا يجعل قول الخصم بهم عدول اقرارا على نفسه بخلاف قوله هم عدول صدقوا
قال ولان امر الظاهر هو الانزجار عما هو محرم دينه اقول وكذلك
سكوت الخصم عن ان يطعن فيه مع تمام كده على الفور بامر يمنع قبول كلامه وعدم
تماكنه في السعي البليغ والجهد الجهيد فيما يقتضي رد شهادته دلالة ظاهرة على
عدالته قوله فالجواب ما اشار اليه بقوله اذ لا وصول الى القطع قال الجد
الفاضل لم يمكن الوصول الى القطع بالتواتر فالاولى ان يقال يكتفي بالظاهر
للاستحقاق اذا لم يكن ثمة منازع لها كالشفيع يستحق الشفعة بظاهر
يده اذا لم يكن ثمة منازع وهذا كذلك اذ الكلام فيما اذا لم يطعن الخصم
في الشهود اقول في كلامه بحث اما في الاول فبوجوه الاول فلان المقصود
من هذا الدليل الزام الامامين في ذهابهم الى وجوب السؤال عن عدالة الشهود
فيكفي عدم الوصول الى القطع فيما ذهبا اليه من وجوب السؤال عنهم في السر
والعلانية فكانه يقال ان الحاصل على مذهبكم ايضا هو ظهور العدالة
لا القطع بها والظهور حاصل فيما ذهب اليه ابو حنيفة ايضا مع قصر المسافة
اما التواتر فقول لم يذهب اليه احد من الجانبين اذ لا قائل بالفصل
فلا ضير في امكان الوصول الى القطع باشتراط التواتر عن عدالة الشهود
يفضي الى انسداد باب اثبات الحقوق بالكلية كما لا يخفى على من له ادنى مسكة
فامكان الوصول الى القطع في تلك الصورة لا يجدي شيئا قطعا واما الثالث
فلان غاية ما يستدل به على عدالة الشاهد انزجاره عن محظورات دينه
واجتهاده على الطاعات وذلك لا ينتفي باحتمال فساد الاعتقاد ففي صورة
التواتر ايضا يكون ملاك اخبارهم بعد البر وصلاح توافقهم على ذلك ما ذكر
من الانزجار والاجتهاد فلا يحصل القطع في تلك الصورة ايضا فتامل واما
في الثاني فلان ما ذكره من جواز الاكتفاء بالظاهر في اثبات الاستحقاق عند
عدم المنازع غير مسلم وما ذكره من مسئلة الشفعة انما يكون دليلا على ذلك ان
لو كان الحكم فيها ان يجب الشفعة بمجرد كون الحصة او الدار المشفوع بها في يد

الشفيع

الشفيع عند سكوت المشتري وعدم منازعته في كونها ملكا له وليس كذلك
بل يسال القاضي المشتري عن ذلك فان اقر بكونها ملكا له يقضي بالشفعة
وان انكر فيكلف الخصم باقامة البينة ولا يقضي الا بها على ما افصح عنه المص في باب
طلب الشفعة والخصومة فيها حيث قال واذا تقدم الشفيع الى القاضي
فادعى الشراء وطلب الشفعة سال القاضي المدعى عليه فان اعترف بملكه الذي
يشفع به والا كلفه اقامة البينة لان اليد ظاهرة محتمل فلا يكفي لاثبات
الاستحقاق انتهى ثم ان الامام ابن الهمام رحمه الله اجاب عن اصل الاعتراض
بوجه اخر حيث قال الحق ان الظاهر يوجب الاستحقاق والمراد بالظاهر الذي
لا يثبت به الاستحقاق الاستصحاب اقول فيه بحث فانه لا يخفى على
المتمرن ان الظاهر بجميع اقسامه لا يثبت به الاستحقاق الا ترى ان دلالة اليد
على الملك ظاهر ليس من قبيل الاستصحاب وقد ذكر المص في موضعين انه
لا يثبت به الاستحقاق احدهما ما ذكره انفا من مسئلة الشفعة والاخر ما ذكره
في باب القسام حيث قال

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله ملهم الصواب • ومنزل الكتاب • مالك الرقاب • الذي اقر بوحدانيته اصحاب العقول والالباب • والصلوة والسلام على نبيه الكريم • المنعوت بالخلق العظيم • وعلى آله وصحبه العظام • ما تكرر الليالي والايام وبعد قال المص كتاب الاقرار قال عامة الشراح ذكر كتاب الدعوى مع ذكر ما يتفرع من الكتب من الاقرار والصلح والمضاربة والوديعة ظاهر التناسب وذلك لان دعوى المدعى اذا توجهت الى المدعى عليه فامره لا يخلو اما ان يقر او ينكر وانكاره سبب للخصومة مستدعية للصلح قال الله تعالى وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما الخ اقول لا يذهب على الفطن ان حال المدعى بعد انكار المدعى عليه وجحوده لا يخلو من ان يقيم على ذلك بينة او يعجز عن اقامة فيستحلف الخصم ولا يخلو حال الخصم بعد الاستحلاف من ان يحلف او ينكل فكان المناسب على هذا ان يذكر عقيب كتاب الاقرار كتاب الشهادات ثم يذكر مباحث اليمين والنكول ثم يذكر الصلح نعم يمكن الاعتذار عن ذلك بان ذكر عقيب كتاب القضاء الوجه بين هناك والنكول واليمين لعدم استقلالهما وعدم كثرة مباحثهما لم يعقد لهما كتاب مستقل بل ذكرا في كتاب الدعوى فلم يبق من ذلك الا كتاب الصلح لكن ذلك لا يدفع القصور عن الشراح لجهة انهم لم يعتذروا عما ذكرنا كما اعتذرنا واعرضوا عن عدم ذكر كتاب البيع ههنا ثم ان كلا منهم المذكور قصورا من وجهين آخرين اما الاول فلانه رجع حاصل ما ذكروا في تعليل ذكر كتاب الصلح عقيب كتاب الاقرار الى مناسبة الصلح للانكار ولا يخفى انه مع كونه خارجا عن دائرة الانصاف مستغنى عنه جدا فان الصلح كما يكون عن الانكار يكون عن الاقرار ايضا بل القسم القوى من الصلح هو الصلح عن الاقرار لوقوع اجماع المجتهدين الكرام والائمة العظام على جوازه فان الصلح عن الانكار والسكوت لم يجوزه الشافعي رحمه الله تعالى فللصلح مناسبة بالاقرار ايضا فالظاهر ان تعقيب كتابه بكتاب الصلح لذلك فتأمل واما الثاني فلان استرباح المدعى ماله بنفسه لا ينحصر في البيع لانه قد يسترج بطريق الاجارة والمزارعة

[margin: والخصومة صح]

ان كان المال المأخوذ ارضا او بقرا او بذرا الى غير ذلك قوله فكان في اللغة عبارة عن اثبات ما كان متزلزلا وفي الشريعة عبارة عن الاخبار عن ثبوت الحق قال بعض الاجلة اما الاقرار لغة فهو افعال من قر الشئ اى ثبت فالاقرار اثبات لما كان متزلزلا بين الاقرار والجحود كذا في النهاية ومعراج الدراية ولقد اصاب صاحب العناية في بيان معنى الاقرار لغة ولم يصب في بيان معناه شريعة اما الاول فلانه اضاف الاقرار في تعريف معنى الاقرار لغة كما فعل صاحب النهاية ومعراج الدراية مع كونه مؤديا الى المصادرة مما تخيل به المعنى اذ لا معنى لكون اثبات ما كان متزلزلا بين الشيئين هو احد ذينك الشيئين المخصوصين بل هو عام لاثبات ما تزلزل بين الشيئين كما يدل عليه ما خذ اشتقاقه وهو القرار بمعنى الثبوت واما الثاني فلان الاخبار عن ثبوت الحق يتناول الدعوى والشهادة ايضا وانما يخرج الاقرار الشرعي عنهما بقيد للغير على نفسه اقول فيما ذكره كلام من وجوه اما اولا فلانه يجوز ان يقال ان المراد من الاقرار المبين معناه اللغوي ما هو مصدر من الفعل المبنى للفاعل والاقرار الذي هو احد ذينك الشيئين ما هو من المبنى للمفعول فيكون المعنى ان الاقرار اثبات لما كان متزلزلا بين ان يقر به ويجحد فلا يكون اثبات ما كان متزلزلا بين الشيئين احدهما واما ثانيا فلان قول صاحب النهاية ومعراج الدراية فالاقرار اثبات لما كان متزلزلا ليس من تتمة بيان المعنى اللغوي للاقرار حتى يرد عليه ان الاقرار في اللغة ليس مخصوصا باثبات ما تزلزل بين الشيئين المخصوصين بل تفسير المعنى اللغوي هو قولهما افعال من قر الشئ اذا ثبت وانما القول المذكور لبيان وجه تسمية الاقرار الا اقرارا كانه قال وانما سمى الاقرار اقرارا لما فيه من اثبات ما كان متزلزلا بين الاقرار والجحود كما لا يخفى وبهذا يندفع حديث المصادرة واما ثالثا فلان ما ذكره من دخول الدعوى في تعريف الاقرار مما يمكن دفعه بحمل اللام على العهد لقيام اللام الداخلة على الحق فيكون المعنى الاخبار عن ثبوت الحق الكائن على نفسه ولعل هذا المعنى هو مراد السكاكى بقوله اى الحق المعتبر على نفسه حيث اراد بالمعتبر معنى المخصوص المعهود وقوله على نفسه بيان جهة التعيين وكذا الفاضل رحمه الله

[margin: لا يخفى وايضا الظاهر ان الاقرار لغة ليس مخصوص باثبات ما تزلزل بين الشيئين صح]

ظن ان مراده من التعيين الاحتراز عن المجهول فاعترض عليه بان في اعتبار
التعيين تأملا يعني ان الاقرار بالمجهول ايضا جائز فلا وجه لاعتبار التعيين
في التعريف فتدبر والله الموفق واما اللام لكن داخلة على الاخبار فيكون
المعنى الاخبار عن ثبوت الحق بطريق انه عليه على ان القول باختصاص الاقرار
بالاخبار عن الحق الذي على المقر نفسه يخدشه ما شاع من ان الاقرار على الغير
ليس بمقبول فالظاهر ان الاقرار يشمل القسمين نهاية الامر ان المقبول هو
ذلك القسم فتأمل ثم ان للجد الفاضل رحمه الله اعتراضا على ما ذكره الشارح
تعريفا للمعنى الاقرار شرعا حيث قال لعله ينتقض بالاقرار بانه لا حق له على
فلان وبالابراء واسقاط الدين ونحوه كاسقاط حق الشفعة **اقول**
اذا اريد بالاخبار عن ثبوت الحق الاخبار عن وقوع الواقع يندفع الاعتراض
بالانتقاض المذكور فان عدم حق للمقر على المقر له امر حق موافق للواقع في نفس الامر
وكذا اسقاط الدين وغيره ولعل بعض الاجلة لهذا الوجه لم يورد النقض بامثال
ذلك على تعريف الشارح بل اورده على تعريف العامة حيث قال ثم اقول في تعريف
العامة ايضا شيء اما اولا فلانه قد تقرر في كتب الاصول ان التصرفات
اما اثبات كالبيع والاجارة والهبة واما اسقاطات كالطلاق والعتاق
والعفو عن القصاص ونحوها ولا يخفى ان الاخبار عن ثبوت حق الغير على نفسه
لا يصدق على الاقرار ببعض الاسقاطات فيلزم ان لا يكون تعريفهم المذكور
جامعا الخ **اقول** وكذا يرد على تعريف العامة انهم قالوا ان الرجل اذا اقر
بعين لا يملكه يصح اقراره فتعلق الاقرار بملك الغير مسمى بالاقرار ومعتبرا
في الشرع ولا يخفى ان الاقرار بملك الغير ليس فيه الاخبار بحق الغير على نفسه الا انه
يعتبر مآل الامر فتأمل **قوله** ومحاسنه يلزم قال الاتقاني وحكمه ظهور ما اقر به
لا اثباته ابتداء كالشهادة ولهذا صح الاقرار بخمر للمسلم فلو كان تمليكا مبتدأ
لا يصح ولهذا لا يصح الاقرار بالطلاق والعتاق مع الاكراه والانشاء يصح
مع الاكراه وذكر في الطريقة البرهانية ما يؤيد هذا فقال انشاء الرق
على نفسه لا يصح والاقرار بالرق يصح ثم اعلم ان الاقرار هل سبب للملك ام لا

قال

قال الاسروشني الخ **اقول** لا يخفى ما فيه فانه ذكر اولا ما يدل على ان الاقرار
اظهار ما اقر به لا اثباته ثم شرع في بيان انه اظهار لا اثبات كانه لم يكن ما ذكره
اولا ذلك فهذا عجيب **قال** الاتقاني وركنه ان يقول لفلان علي كذا الى
هنا ركن صورة من الصور فان الركن في صورة استيفاء الدين من المديون
ان يقول ما بقي علي حق وركنه في صورة اعتاق العبد اعتقت هذا العبد الى
غير ذلك **قوله** وقد اعتضد هذا المعقول بقوله عم الاقرار **اقول**
المشهور في امثال هذا المقام بين العلماء الاعلام ان يستدل اولا على المرام
بسنة النبي عم ثم يستدل عليه بالقياس ثانيا والاستدلال بالقياس وجعل
السنة عاضدة له مما يسمع اصلا **قوله** فانه اذا كان ملزما فيما يندرئ بالشبهات
فلان يكون ملزما في غيره اولى يعني ان اقرار المرء على نفسه اذا كان ملزما
فيما يندرئ بالشبهات فلان يكون اقراره على نفسه في غيره اولى وهذا امر لا شبهة
على العاقل فضلا عن الفاضل وما ذكره بعض الاجلة من انه يرد على ظاهره منع
اطلاق هذه الاولوية فان العبد المحجور عليه يصح اقراره بالحد والقصاص
ولا يصح اقراره بالمال فليس بشيء لان اقرار العبد المحجور عليه بالمال ليس اقرارا
على نفسه لان اقراره بالمال عهد موجبا تعلق الدين برقبته وكسبه وهما مال المولى
وكلامنا في الاولوية بين الاقرارين الجاريين على نفس المقر فتأمل **قوله**
بانتفاء التهمة فيما يقر به على نفسه **قال** اكثر الشراح ولكن ظهر رجحان
الصدق على الكذب لوجود الداعي الى الصدق والصارف عن الكذب
لان عقله ودينه يحملانه على الصدق ويزجرانه عن الكذب ونفسه الامارة
بالسوء ربما تحمله على الكذب في حق الغير انتهى **اقول** وكذا يعارض عقل المخبر
ودينه عقل المقر عليه ودينه في صورة الاقرار على الغير اذ المفروض ان يكذبه
المقر عليه فلا يعتبر بكلامه بخلاف على نفسه فانه لا مكذب له فيه ولعله عن هذا
اذا كان المخبر بحق على الغير رجلين وهما الشاهدان يعتبر كلامهما لان خبر احدهما
يعارضه عقل المدعى عليه ودينه فسلم الاخر عن المعارض وفيه ما فيه فتأمل **قوله**
والتهمة باقية فيما يقر به على غيره فبقي على التردد الا في لصلاحية الحجة

اقول مقتضى هذا التحقيق ان لا يعتبر باقرار بملك الغير اصلا حتى لو تو
بر لغيره ثم ملكه يوما من الدهر كما ينبغي ان لا يؤمر بتسليمه الى المقول له مع انه يؤمر
بتسليمه اليه كما سبق فتأمل قوله ولعله لا يحتاج اليه اعترض عليه الجد
الفاضل رحمه الله حيث قال انت خبير بانهم صرحوا بان التخصيص بالذكر
في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه فقوله ساكت غير مسلم وهذا بعض
الاجلة حذوه اقول كما تقرر ما ذكروه كذلك تقرر ان الضوابط
يعتبر فيها الطرد لا العكس ذكره الشراح في مفتتح كتاب الوكالة وفي باب
الفسخ من كتاب الاجارة فيكون المراد من الاعتبار بمفهوم المخالفة في الروايات
وكلمات المصنفين اعتباره في ما عدا الضوابط ولا يخفى ان قول المص واذا
اقر الحر العاقل البالغ بحق لزمه من قبيل الضوابط الشرعية ان قلت ما وجه
عدم الاعتبار بمفهوم المخالفة في الادلة الشرعية والاعتبار به في الروايات
وكلمات المصنفين ثم عدم الاعتبار به في الضوابط قلت عدم الاعتبار
به عندنا في الادلة الشرعية لان مدار حمل القيد على نفي الحكم عما عداه عدم ظهور
فائدة التخصيص سوى النفي المذكور ويجوز ان يكون في كلام الله تعالى وكلام
النبي عم الف فائدة يقصر عن فهمها العقول وتقف دون الوصول اليها
افهام الفحول فلا يتعين للنفي المذكور فائدة بخلاف الروايات وكلمات
المصنفين فانه كانهم رجال فنحن ايضا فاذا لم يظهر لتقييدهم فائدة
سوى نفي الحكم عما عداه فالظاهر ان فائدة التقييد ذلك ولا يخفى ان في
الضوابط سلامة طردها عن النقض فائدة مقصودة فمتى كان في التقييد
فائدة تصحيح الطرد لا يطلب له فائدة اخرى حتى يحمل على نفي الحكم عما عداه
فيعتبر العكس كالذي نحن فيه مثلا فانه اذا قال المص واذا اقر العاقل
البالغ المحجور بالمال فتامل ثم انه يرد على كلامه ان يقال لو كان مراده
بيان من يصح اقراره مطلقا كان يجب ان يشترط الصحو ايضا فان
السكران لا يصح اقراره بالحدود الخالصة لله تعالى فتأمل قوله ويصح
له ان يقال ليس بعذر وانما هو لبيان التفرقة اقول بعض الاجلة

ليس

ليس هذا ايضا بصحيح اما اولا فلانه لا يشك العاقل الناظر الى قول المص وشرط
الحرية ليصح اقراره في ان مراده به هو المدرك غير ذكر قيد الحر لا بيان التفرقة
بين العبيد اذ لو كان المراد ذلك لما كان لذكر قوله ويصح بالحدود والقصاص
موقع اذ لا مدخل له في الفرق بينهم الخ اقول ههنا تفرقتان تفرقة
بين العبيد وهو شيء يحصل ببيان صحة اقرار المحجور به وتفرقة بين اقرار
المحجور وهي تحصل ببيان صحة اقرار المحجور بالحدود والقصاص دون المال
حتى ان الجد الفاضل حمل عبارة الشارح على التغليب وما ذكره المعترض من
قول المص ويصح بالحدود والقصاص وان لم يكن له مدخل في الصورة الاولى فله
مدخل في التفرقة الثانية فتامل ثم قال بعض الاجلة بقي بحث في كلام المص
المقول له فلان اقرار العبد المحجور نافذ في حق نفسه ويلزم المال بعد الحرية وان لم
يلزمه في الحال فما معنى النفي صحة اقراره بالمال ههنا لو يقال مراده ههنا انه
اقراره بالمال لا يصح في الحال فما معنى نفي صحة اقراره بالمال ههنا لو جعله شرط
الحرية في مسئلة الكتاب والمذكور في جواب هذه المسئلة لزوم الاقرار مطلقا
بلا تقييد بالحال اقول مبنى هذا الكلام الغفول عما ذكره ابن الحاجب في اماليه
قوله لان الاذن بالتجارة اذن بما يلزمها وهو دين التجارة لان الناس لا يبا بعونه
اقول الظاهر ان يقال وهو الاقرار بدين التجارة حيث يتم التقريب ولعل
مراد الجد الفاضل بقوله فيه تامل هو الذي اشرنا اليه قوله لان وجوب
العقوبة بناء على الجناية اعترض عليه الجد الفاضل حيث قال ما ذكره لا يدفع
ما لو قيل في اقراره بالقصاص اهلاك رقبته التي هي مال المولى فيكون اقرارا
على الغير والاولى ان يستدل بما في كتب الاصول واجاب عنه بعض الاجلة حيث قال
بل ذلك مدفوع لان المقصود بالقصاص اهلاك النفس واهلاك ماليته العبد
انما هو بالتبع فلا يكون اقراره بالقصاص اقرارا على الغير بالنظر الى ما هو المقصود
منه اصالة ولا يضره لزوم اهلاك مال الغير بالتبع اذ كم من شيء يثبت
ضمنا ولا يثبت اصالة وفي كتب الاصول ان العبد يصح منه الاقرار بالحدود
والقصاص والسرقة المستهلكة لان الحيوة والدم حقه لاحتياجه اليهما

لما ذكرنا ايضا في المخلص نعم
ما حققنا افهم ان الغافل
ان ما ذكر من ... تحقيقه

في البقاء ولا يخفى ان ما توهمه هذا القائل يتوجه الى كلام التعليلي الا ان يتبع عما ذكره صاحب الاصول في الاصول بما ذكره المجيب المذكور حيث يقال ان الحيوة والدم حق المقر نفسه فيقبل اقراره في حق نفسه فيصل ثم يتبعه هلاك الرقبة التي هي مال المولى ولا ينبغي عما ذكره الشراح لان مبنى التعليل المذكور ليس على ان المقصود بالاهلاك شيء هو له وهو الحيوة والدم حتى يجاب عن الايراد المذكور بان لا العبرة بالمقصود لا بالتبع فتأمل **قال** ولا بد من البلوغ والعقل لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم الا اذا كان الصبي مأذونا يرد على ظاهره ان يقال ان كلام المص خرج الصبي المأذون وغير المأذون فيما ذكره من الدليل لا يقتضي الا اخراج غير المأذون دخل في قيد العقل لان الاذن دليل العقل كما اشار اليه الجد الفاضل لانا نقول نعم الا انه خرج بقيد البلوغ فالمحذور على حاله فالجواب الصحيح انه زيد فيه قيد البلوغ اخراجا للصبي المحجور عليه تصحيحا لطرد القاعدة وان خرج به المأذون ايضا على ان اقرار المأذون ايضا انما يصح بالمتردد بين النفع والضر لا الضار المحض كالاقرار بالطلاق والعتاق فيما يقرب من المص في وجه اشتراط الحرية من قصد الاطلاق يقتضي التقييد المذكور فتأمل **قوله** لان حكم الاذن ملحق بالبالغين قال الجد الفاضل لدلالة الاذن على عقله **اقول** يرد على ظاهره ان العقل غير البلوغ ولا هو يستلزمه فان الصبي يكون عاقلا فلذلك يذكر القيدان معا ولا وجه لتعليل دخوله بالغين بدلالة الاذن على العقل والجواب عنه ان يقال هب ان العقل غير البلوغ وان الصبي قد يكون عاقلا الا ان البلوغ غير العقل **قوله** وجهالة المقر لا تمنع صحة الاقرار **اقول** يفهم من بعض المعتبرات تقييد ذلك ببعض القيود قال الامام السرخسي في محيطه والحاصل ان كل تصرف لا يشترط لصحته وتحققه اعلام ما صادفه ذلك التصرف فالاقرار به مع الجهالة صحيح وذلك كالغصب والوديعة فان الجهالة لا تمنع صحة الغصب وتحققه حتى ان من غصب

من رجل

من رجل مالا مجهولا في كيس فانه يثبت الوديعة والغصب ويثبت حكمهما وكل تصرف يشترط لصحته وتحققه اعلام ما صادفه ذلك التصرف فالاقرار مع الجهالة لا يصح وذلك كالبيع والاجارة فانه اذا اقر انه باع من فلان شيئا او اقر انه آجر من فلان شيئا لا يصح اقراره ولا يجبر المقر على تسليم شيء **قوله** لان الحق قد يلزمه مجهولا **اقول** اذا كان وجه جواز الاقرار بالمجهول ما ذكره لا يكون وجه لاجبار المقر على البيان لانه اذا وجب مجهولا كيف يجبر المقر فالظاهر انه لا اعانة في توجيه صحة الاقرار بالمجهول الى بيان هذا الوجه بل الاولى ان يوجه ذلك بان اقراره على نفسه لما كان خاليا عن التهمة لما سبق كان ذلك الاقرار بالمجهول حجة على ثبوت الحق في ذمته ثم يبنى الاجبار على البيان على احتمال وجوب ذلك الحق عليه معلوما وكون الابهام والتجهيل منه فتأمل **قوله** فان الشهادة قد تلزم مجهولة وليست بصحيحة قال الجد الفاضل رحمه الله كما نص عليه الزيلعي في اول الدعوى **اقول** قال صاحب الكافي في صدر كتاب الدعوى نقلا عن فخر الدين قاضيخان وصاحب الذخيرة وان كان العين غائبا وادعى انه في يد المدعى عليه وانكر بين المدعي قيمته وصفته تسمع دعواه وتقبل بينته وان لم يبين القيمة وقال غصب مني عين كذا ولا ادري انه هالك ام قائم ولا ادري كم كانت قيمته ذكر في عامة الكتب انه تسمع دعواه لان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف بيان القيمة لتضرر به انتهى وقال الامام الزيلعي في شرح الكنز بعد نقل ما ذكر في الكافي واذا بيان القيمة عن المدعي سقط عن الشهود ايضا بل اولى لانهم ابعد عن المدعي سقط عن الشهود ايضا بل اولى لانهم ابعد عن ممارسة انتهى فهذا هو مراد الجد الفاضل لكنه يمكن الجواب عنه بوجهين اما الاول فلان ما ذكره الزيلعي ليس بطريق الرواية عن المجتهدين بل على وجه الفهم والاستدلال بخلاف الاقرار بالمجهول فان صحته مروية عن المجتهدين بلا شبهة واما الثاني فلان الدعوى والشهادة ان صحت في تلك

الصورة بالمجهول فهي اخلاف القياس بطريق الاستحسان والكلام على القياس ثم
اقول لو تشبث الجد الفاضل رحمه الله تع في منع الشهادة بالمجهول بما ذكر
في الفصل الخامس عشر من شهادات المحيط للامام السرخسي حيث قيل فيه ولو
شهد رجلان بانفسهما ان هذا الرجل كفل لهذا الرجل بنفس رجل نعرفه بوجهه
ولا نعرفه باسمه فهو جائز وان قالا كفل بنفس رجل لا نعرفه بوجهه ولا
باسمه فالشهادة جائزة ويؤخذ الكفيل بالكفالة بمنزلة ما لو اقر عند
القاضي انه كفل لهذا بنفس رجل ثم يقال للكفيل بين فاي رجل اتى به فقال
المكفول به هذا كان القول قوله انتهى وما ذكر في باب ما يبطل دعوى
المدعي قبل القضاء او بعده من الفتاوى الخانية حيث قيل فيها رجل
ادعى على رجل كفالة بنفس رجل واقام البينة فشهد الشهود انه كفل بنفس
رجل لا نعرفه جازت شهادتهم وذكر في رهن الاصل انه اذا شهد وا انه رهن
عنده ثوبا ولم يسموا الثوب جازت شهادتهم ويكون القول قول المرتهن في اي
ثوب كان وكذا في الغصب انتهى لكان اقوى واظهر قوله واجيب
بان العلم بالمشهود به شرط بالنص يعني بامثال قوله تعالى الا من شهد بالحق
وهم يعلمون وقوله عم اذا علمت مثل الشمس فاشهد اقول يرد على
هذا الجواب ان يقال المفهوم من النصوص اشتراط العلم في الشهادة بمعنى ان
الشهود لا يجوز لهم ان يشهدوا بالظن والتخمين بل لا بد من ان يكون لهم تيقن
بالقضية التي يشهدون بها واما العلم بمقدار المبلغ الذي يشهدون بها
بعينه فلا دلالة في النصوص عليه فتامل قوله بخلاف جهالة المقر قال
الاتقاني هذا اذا كانت الجهالة متفاحشة فان لم تتفاحش فلا تمنع صحة
الاقرار ولهذا قال في باب الاقرار بعلامة الواو من الواقعات الحسامية جارية
في يد رجل فقال ان هذه لاحد هذين الرجلين جاز ويحلف لكل واحد منهما
اذا ادعياها قال الجد الفاضل رحمه الله تع قال العلامة النسفي
هذا اذا كانت الجهالة متفاحشة بان قال هذا العبد لواحد من الناس لان
المجهول لا يصلح مستحقا وان لم يكن بان اقر انه غصب هذا العبد من هذا او من هذا فانه

ولم يعلم عين الثوب

لايصح

لا يصح الاقرار عند شمس الائمة السرخسي لانه للمجهول وفائدته الجبر على البيان
فلا يفيد وقيل يصح وهو الاصح لانه يفيد لان فائدته وصول الحق الى
المستحق وطريق الوصول ثابت لانهما اذا اتفقا على اخذه فلهما حق الاخذ
انتهى اقول نعم ان شمس الائمة السرخسي ذهب الى عدم صحته حيث قال في الفصل
الثالث في كتاب الاقرار من محيطه واذا اقر انه غصب هذا العبد من هذا او
من هذا وكل واحد منهما يدعيه لنفسه كان الاقرار فاسدا حتى لا يجبر على البيان
الا انه فهم من سياق كلامه ان عدم صحته ليس بمعنى انه لا يترتب عليه شيء اصلا
من الاحكام فانه قال بعد سطرين من كلامه المذكور ولهما ان يصطلحا فياخذ العبد
من المقر وان لم يصطلحا يستحلف لكل واحد منهما حلف يمينا بالله ما غصبت هذا
من هذا ولا من هذا ويستحلف لكل واحد منهما يمينا على حدة الى قوله واذا حلف
لكل واحد منهما لا يخلو من ثلثة اوجه احدها ان يحلف لاحدهما وينكل للآخر وفي
هذا الوجه يقضى بجميع العبد للذي نكل له ولا يقضى للذي حلف له وبالجملة
ان المفهوم من كلامه ان الاقرار بالمجهول صحيح والاقرار للمجهول غير صحيح الا انهما
قسمان فاسد لا يترتب عليه الجبر على البيان الا انه يترتب عليه بعض الاحكام
وهو ما اذا كانت الجهالة غير فاحشة قال لان المجهول لا يصلح مستحقا
قال الدهلوي هذا التعليل لا يفرق بين ان يكون جهالة المقر له متفاحشة
نحو ان يقول هذا لواحد من الناس او غير متفاحشة والمجهول بجهالة غير متفاحشة
لا يصلح مستحقا يدل عليه انه اذا قطع رجل يد عبد رجل او جرحه ثم اعتقه
مولاه ثم سرى الى النفس ومات منه لا يجب بعد العتق شيء اي لا يجب دية
العبد ولا قيمته لمولاه لاشتباه من له الحق لان المستحق حال ابتداء الجناية
المولى وحال السراية العبد لحريته فجهالة الحرية في هذه المسئلة بين
اثنين اذ الحق بين العبد والمولى دون غيرهما فصار كالاقرار لاحد هذين اقول
صحة الاقرار في صورة جهالة المقر له جهالة غير فاحشة لامكان دفع تلك
الجهالة لا لمجرد كون التردد بين عدد قليل فانه اذا ادعاه احدهما دون الآخر
يدفع الى المدعي وان ادعياه معا يحلف المقر لكل منهما فان نكل لاحدهما يدفع

مشتركة

...ة

اليه وان تكلما يكون العبد مشتركا بينهما والجهالة فيما ذكر من
المسئلة وان كانت بين شخصين الا انه جهالة لا يمكن دفعها اصلا
فان المستحق بالنظر الى حال ابتداء الجناية هو المولى لا غير وبالنظر الى حال
السراية هو العبد لا غير ولا فرق في امثال هذه الجهالة بين القلة والكثرة
قال فانه اسم لما يتمول به لا يخفى ما فيه فان العلم بالتمول موقوف
على العلم بالمال قال في التلويح في مبحث القضاء بمثل معقول المال ما من
شانه ان يدخر للانتفاع به وقت الحاجة **قوله** قيل وهو الصحيح لانه
لم يذكر عددا يجب مراعاة اللفظ فيه فاوجبنا العظم من حيث المعنى
وهو المال الذي يجب فيه الزكوة انتهى **اقول** القائل هو الاتقاني
وقد اعترض عليه بعض الاجلة حيث قال فيه بحث لان التعليل المذكور
لا يعين كون ما في هذه الرواية هو الصحيح لان ايجاب العظيم من حيث
المعنى امر مقرر على كلتا الروايتين وانما النزاع في ان ذلك ما ذا اهل
هو نصاب الزكوة ام نصاب السرقة والمهر الخ **اقول** مبنى هذا الكلام
عدم التامل في سباق كلام الاتقاني وسياقه فان الحصر المستفاد
من قوله هو الصحيح اضافي ومراده انه هو الصحيح بالاضافة الى ما ذهب اليه
بعض المشايخ من انه يصدق في عشرة دراهم قياسا على مسئلة
الاقرار بالدراهم الكثيرة فان القياس المذكور ليس بصحيح اذ التصديق
في عشرة دراهم في تلك المسئلة لامر لفظي على ما افصح عنه المص حيث قال ولانه
ان العشرة اقصى ما ينتهى اليه اسم الجمع يقال عشرة دراهم ثم يقال
احد عشر درهما فيكون هو الاكثر من حيث اللفظ انتهى ولا يوجد ذلك
الامر اللفظي في الصورة قلته نحن فيها على ما اشار اليه الاتقاني بقوله
لانه لم يذكر عددا حتى يجب مراعاة اللفظ فيه فان الظاهر ان مقصوده
بكلامه المذكور الاشارة الى الفرق بين المسئلتين على ما افصح عنه نفسه
في شرح المسئلة الآتية حيث قال نقلا عن الجامع القدوري والفرق
لابي ح رحه بين قوله دراهم كثيرة وبين قوله مال عظيم ان قوله دراهم

كثيرة

كثيرة يفيد العدد لان الكثرة يكون بزيادة العدد فاعتبر الكثرة التي
ترجع الى العدد وقوله مال عظيم لا يتضمن فوجب ان يحمل على المستعظم
لا من حيث العدد ولكن مراده حصر الصحة فيه بالاضافة الى الرواية
الاخرى كيف وهو معترف بان وصف الرواية الاخرى ايضا عدم الغاء
وصف العظم حيث قال بعد كلامه المذكور ووجه الرواية الاخرى عن
ابي ح ان العشرة يقطع فيها يد السارق مع عظم حرمة المسلم ولا
يقطع فيما دونها فدل على انها صارت في حكم العظم انتهى ويرشدك الى ما ذكرنا
مساق كلامه رحمه الله تعالى حيث قال ان المشايخ اختلفوا في قوله
مال عظيم قال بعضهم يلزمه عشرة دراهم كما لو اقر بدراهم كثيرة يلزمه عشرة
دراهم وقال بعضهم يلزمه مائتا درهم كما هو قولهما وهو الصحيح الخ تامل
قوله قال في النهاية والاصح على قوله ان يبنى على حال المقر قال
شمس الائمة السرخسي والاصح على قول ابي ح رحمه الله تعالى ان يبنى على المقر في الفقر
والغنى فان القليل عند الفقير عظيم واضعاف ذلك عند الغني حقير وكما
ان المائتين عظيم في حكم الزكوة فالعشرة عظيم في حكم قطع يد السارق وتقدير
المهر بها فوقع التعارض **اقول** فيه بحث فانه اذا وقع التعارض
بتعين العشرة لكونها اقل اذ الاصل في الذمم البراءة ولا دليل على الاكثر فالحاصل
ان المقام مقام تعيين اقل ماله خطر في الشرع فلو قال ان وجوب القطع
لسرقتها يدل على عظم العشرة شرعا وعدم وجوب الزكوة فيها يدل على عدم عظمها
فيتعارضان لكان اولى ويمكن ايضا ان يقال ان كون الاقل متعينا
لتيقنه يعارضه ان المطلق ينصرف الى الكامل على ما ذكر في دليل الامامين
في المسئلة الآتية في غاية البيان وسائر الشروح فتامل **قوله** امكن العمل
بهما معا لان في النصاب كثرة حكمية يعني انه يحمل على النصاب لان فيه كثرة
حكمية هو فوق العشرة صرفا للمطلق الى الكامل وليس للاستطاعة الى الحصر معنى
يمكن حمله وزانا فتعين النصاب فاندفع ما اورده بعض الاجلة على
كلام صاحب العناية فتامل **قال** المص ولان العشرة اقصى ما ينتهى

اليه اسم الجمع قال بعض الاجلة بعد نقل ما ذكره الاتقانى فى شرح مغنى المقام
بقى ههنا شىء وهو ان كون العشرة اقصى ما ينتهى اليه اسم الجمع انما هو
عند اقتران اسم الجمع بالعدد بان يكون مميزا له كما نبهنا عليه انفا لا عند
انفراده عنه **اقول** مراد المص ان الاصل فى لفظ الدراهم ان يذكر
مميزا للعدد واقصى ما يكون لفظ الدراهم تمييزا له هو العشرة فيحمل صورة
الانفراد على صورة المقارنة فيجعل ذلك قرينة على ان المراد عشرة
دراهم قال الصدر الشريعة فى شرح الوقاية فى تعليل قول ابى ح رحمه الله تع
فى هذه المسئلة لان جمع الكثرة اقله عشرة اعترض عليه بعض الاجلة حيث
قال ليس ذلك بصحيح اما اولا فلان جمع الكثرة اقله احد عشر لا عشرة على ما
تقرر فى علم النحو واما ثانيا فلانه لو كانت علة ابى ح فى هذه المسئلة
كون اقل الجمع عشرة لزم ان لا يصدق عنده ايضا فى اقل من عشرة فيما اذا
قال له على دراهم بدون ذكر وصف الكثرة مع انه يصدق هناك فى ثلثة
بالاتفاق كما سيأتى **ثم اقول** يمكن الجواب عن الوجه الثانى بان لفظ
الدراهم قد تستعمل جمع الكثرة وجمع قلة اما لان كل جمع مكسر يأتى
لهما كذلك واما لان كل ما لم يجئ الا على جمع صيغة واحدة كذلك فمتى
اقترن بلفظ الكثرة يحمل على انه جمع كثرة فيصدق فيما هو اقل جمع الكثرة
ومتى لم يقترن يحمل على انه جمع قلة فيصدق فيما هو اقل جمع القلة حملا
للاقل المتيقن منهما اكن **قوله** لانه اقل الجمع الذى لا خلاف فيه صفة
الاقل ويرد عليه ان الثلثة ليست مما وقع الاتفاق على انها اقل الجمع
لان من ذهب الى ان اقل الجمع اثنان لا يسلم كون الثلثة اقل الجمع والجواب
انه ليس المراد من كون الثلثة الاقل الذى لا خلاف فيه عدم الخلاف فى اقليته
حتى يرد ما ذكر بل المراد عدم الخلاف فى اقليته بان يكون المعنى انه اقل
عدد وقع الاتفاق على جمعيته فلا غبار عليه لان من ذهب الى ان اقل
الجمع اثنان قائل بان الثلثة ايضا جمع ومن ذهب الى ان اقل الجمع
ثلثة قائل بان الثلثة ايضا جمع فوقع الاتفاق على جمعية الثلثة دون الاثنين

لان من ذهب الى ان اقل الجمع ثلثة لا يسلم جمعية الاثنين فتامل
لانه ذكر عددين مبهمين ليس بينهما حرف العطف واقل ذلك من المفسر احد عشر
لا يخفى انه حكم هذه المسائل المتعلقة بالاقرار بلفظ كذا من ايجاب
اقل ما يحتمله اللفظ اتفاقى بين ابى حنيفة وصاحبيه ولا اشكال فيه على قياس
قول ابى ح فانه اوجب فى جميع المسائل ما هو اقل الا انه يشكل على قياس
قولهما على ما ذكره الاتقانى فى مسئلة الاقرار بدراهم كثيرة من ان المطلق ينصرف
الى الكامل عندهما فتامل فى الدفع فاذا قال كذا درهما كان كما اذا قال
له على درهم قدمه الشارح لان الواحد مقدم على الاثنين وانما اخره الشارح
لانه ليس بمذكور فى الجامع وانما ذكره المص تعريفا ثم ان الاتقانى اعترض على
حكم هذه المسئلة بوجهين حيث قال كان ينبغى ان يلزمه احد عشر لانه اول
العدد الذى يقع مميزها منصوبا والقياس فيه ما قاله فى مختصر الاسرار اذا
قال له على كذا درهما لزمه عشرون لانه ذكر جملة وفسره بدرهم منصوب وذلك
يكون من عشرين الى تسعين فيجب الاقل وهو عشرون ولانه متيقن يرد على
ظاهره ان يقال ان النحاة اوجبوا نصب مميز لفظ كذا كناية عن احد عشر
او عشرين قال ابن هشام فى المغنى الثانى ان تمييزها واجب النصب فلا يجوز جره
بمن اتفاقا ولا بالاضافة والجواب عنه ان ذلك عند البصريين واما عند
الكوفيين فقد اجازوا فى مميزه غير النصب وابو حنيفة رح من علماء الكوفة
قال ابن هشام بعد ذلك خلافا للكوفيين اجازوا فى غير تكرار ولا عطف
ان يقال كذا ثوب وكذا اثواب قياسا على العدد الصريح ولهذا قال علماؤهم
انه يلزم بقول القائل له عندى كذا درهم مائة وبقوله كذا دراهم ثلثة
وبقوله كذا كذا درهم احد عشر وبقوله كذا درهما عشرون وبقوله كذا
وكذا درهم احد وعشرون حملا على المحقق من نظائره من العدد الصريح ووافقهم
على هذه التفاصيل غير مسئلة الاضافة المبرد والاخفش وابن كيسان
والسيرافى وابن عصفور انتهى والمفهوم من كلام الرضى ايضا ان يكون مذهب
ابى ح فى الاقرار بقوله كذا درهما ان يجب عشرون او احد عشر حيث قال

وكنى بعضهم بكذا المميز بجمع نحو كذا دراهم عن ثلثة وبابهما وبالمكرر دون عطف
عن احد عشر وبابه وبالمكرر مع العطف عن احد وعشرين وبابهما وبه قال ابو حنيفة
رحمه الله تع فظا بقوابه العدد حتى اجازوا كذا درهم بالجر حملا على مائة درهم
وكذا خروج عن لغة العرب اذ لم يرد مميز كذا في كلامهم مفرد ولوالشافعي لا ينظر
في تفسير الالفاظ المبهمة لا بلى عليه بل يلزم بالاقرار بالمبهم ما هو يقين فيلزم
في نحو كذا درهما درهم وهو انتهى الا ترى كيف جعل وجوب درهم واحد في نحو على
كذا درهما من قولنا فنى فتامل **قوله** ويكون مجازا لايجاب حفظ المضمون
اقول الظاهر ان تكون العبارة لايجاب الحفظ المضمون لان المقام مقام
بيان الحفظ مضمونا لانه يظهر به حمل الضمان المستفاد عن لفظ قبل على ضمان
الحفظ حيث يعني ان الوديعة نفسها ليست بمضمونة واما حمل ذلك على انه
من شانه الضمان كما ذكره الجد الفاضل فليس مما يجدي التعرض له نفعا في المقام
اصلا **قال** والاول اصح قال بعض الاجلة اي ما ذكر في الاصل هو الاصح
قال في الكافي والاول المذكور في المبسوط وهو الاصح لان استعماله في الدين
اغلب واكثر فكان الحمل عليه اولى واصل الى قوله اقول لقائل ان يقول
ينتقض هذا التعليل بما اذا قال لا حق لي قبل فلان فانه يحمل هناك على الدين
خاصة بل يحمل ابراء على الدين والامانة جميعا بالاتفاق مع جريان هذا
التعليل هناك ايضا **اقول** يمكن ان يدفع ذلك بامكان الفرق بين المسئلتين
بان احداهما في صورة الاثبات ولما لم يتيسر جمع اثبات الدين واثبات في
واحد حمل على ما هو الارجح منهما في هذه الصورة واما الاخرى ففي صورة النفي
ولم يتيسر جمع نفي الدين ونفي الامانة عن حمل على نفيهما معا في تلك الصورة
لي **اقول** عدم تيسر جمع اثبات الدين واثبات الامانة في شيء واحد
بمعنى عدم امكان ان يجعل شيء واحد امانة ودينا لا يقتضي عدم جواز
جمع معنى القبل في صورة الاثبات لان مقتضى جمعهما اثبات كل واحد من
الدين والامانة في المقر للمقر له بمعنى ان يكون له في ذمته دين وله عنده
وديعة لا ان يكون شيئا واحدا متصفا بهما فلا حاصل لما ذكره اصلا نعم

شيء

قد

قد ذهب بعض العلماء الى الفرق بين النفي والاثبات في جواز الجمع بين معنى
المشترك وجواز الجمع بين الحقيقة والمجاز لكن لا بما ذكره فتدبر **قوله**
ونوقض بما اذا قال له قبلي مائة درهم دين ووديعة او وديعة دين **اقول**
النقض غير وارد اصلا فان المقر لما قال له قبلي مائة درهم دين يثبت الدين
في ذمته بتصديق المقر له ومطالبته سواء قدم لفظ الدين او اخر فيلغوا
قوله وديعة حيث لا يصدقه المقر له في ذلك وهذا يشبه ما تقرر بينهم ان المرء
اذا تكلم بكلامين احدهما عليه والاخر له يؤاخذ بكلامه الذي هو عليه ويطلب
منه البينة في الذي هو له وهذا بخلاف قوله في كيسي وفي صندوقي فانه
لا يكون اقرارا الا اذا اريد منه ذكر محل لم يقرر بذكر ثبت الادخال اشتباه
قال في النهاية قلت فيما نحن فيه تنوع اللفظ الى الضمان والامانة انما
نشاء من لفظ واحد وفي تلك المسئلة من لفظين والاصل ان احد اللفظين
اذا كان للامانة والاخر للدين فاذا اجمع بينهما في الاقرار يترجح الدين
كذا في المبسوط وهذا المعنى وهو ان استعارة اللفظ الذي يوجب الدين
لما يوجب الامانة لا على العكس لانه يمكن ان يستعار لفظ الوجوب الذي
ينبئ عن اصل وجوب الدين الى وجوب الحفظ في الامانة واما لفظ الامانة
الذي ينبئ عن عدم الوجوب في الذمة الى الوجوب في الذمة فلا يصح لانه
ح يلزم استعارة الادنى للاعلى وذلك لا يصح كما لا يصح استعارة الطلاق
للعتاق واما في الاول فكان فيه استعارة الاعلى للادنى وهو صحيح كاستعارة
العتاق للطلاق **اقول** لا يخفى على اولى الافهام ان هذا الكلام ينتج
خلاف المرام فان مقتضاه ان يجعل قوله دين مجازا عن الوديعة وليس
بذلك كيف ولو كان كذلك لكان حكم الصورتين واحدا **قوله** حمل الاعلى
على الادنى وهو لا يجوز قال الجد الفاضل رح تعالى فيه بحث والاولى
ان يقال لو حمل على الوديعة لزم ارتكاب مجازين فانه قوله قبلي اقرار
بالدين **اقول** لعله اراد بالبحث ان حمل الاعلى على الادنى بان يجعل
ذلك استعارة عنه هو الجائز لا عكسه ولذلك يستعار العتاق لكونه

ازالة لملك البضع والرقبة معا للطلاق الذي هو ازالة ملك البضع وحده
بدون العكس على ما ذكره صاحب النهاية ثم انه يرد على قوله لزم ارتكاب مجازين
ان قوله قبلي حقيقة في الدين والوديعة في الدين اما على رواية المختصر
فظاهر واما على رواية الاصل فلانه انما يحمل على الدين لاشتهاره وغلبة
استعماله فيه لا لانه حقيقة فيه ومجاز في الوديعة الا ان يقال مراده
انه حقيقة عرفية في الدين فتامل **قال** لان الهاء في الاول والثاني
اقول المفهوم من كلام المص ان يكون الدال على الاقرار في الصور الثلاث
حرف الكناية بحيث لو لم يذكر ذلك لا يكون اقرارا بخلاف سائر الصور
والمفهوم مما ذكر في الوقاية وشرح صدر الشريعة ان يكون الامر في كل
الصور على التسوية في توقف الدلالة على الاقرار على ذكر حرف الكناية حيث
قال في المتن وقوله لمدعي الالف اتزنها او انتقدها او اجلني بها او قد
قضيتكها الى قوله اقرار وبلا ضمير لا وقال في الشرح لانه لو لم يذكر الضمير
يحتمل ان يراد زن كلامك بميزان العقل وانتقد كلامك ولا تقل زيفا واجلني
يراد به امهلني في الجواب وقضيت يراد بها حكمت بانك كاذب وابراني
من ان يدعي علي الخ فتامل في التوجيه والعجب ان صاحب المقرر بعد ما ذكر
في متنه كون الصور المذكورة اقرارا قال الشارح اما كون الاربعة الاول
اقرارا فلان الضمير لراجع الى الالف المذكورة وهو موصوف بالوجوب
واما الخامس فلان دعوى الابراء كالقضاء الخ وليت شعري ما وجه
الفرق ما بين الصورة الخامسة وسائر الصور فتدبر **قال**
والقضاء يتلوه الوجوب اعترض عليه بعض الاجلة حيث قال ههنا
اشكال وهو انه قد طبقت كلمات الفقهاء في كتاب الاقرار على ان قول
المدعى عليه بالالف للمدعي قد قضيتكها او ابرأتني منها اقرار بوجوب
الالف عليه وقالوا في تعليل ذلك ان القضاء يتلو الوجوب وقد صرحوا
في كتاب الدعوى في اكثر المعتبرات وفي مسائل شتى من كتاب القضاء
في الهداية والوقاية بان المدعى عليه بالالف لو قال للمدعي ليس لك علي

قط او ما كان لك علي شيء قط ثم ادعى قضاء تلك المدعى او ادعى ابراء المدعي
اياه من تلك الالف واقام بينة على ذلك سمعت دعواه وقبلت بينة عند اصحابنا
سوى زفر رحمه الله وقالوا في تعليل ذلك ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد
يقضى ويبرأ منه دفعا للخصومة الخ **اقول** قد سبقني في هذا الاشكال
الشارح الدهلوي حيث قال وجوابه ان القضاء والابراء يقتضيان
الوجوب بحقيقتهما غير ان الانكار السابق قرينة صارفة عنها فيحمل
على المحتمل الذي يستعمل له اللفظ في الجملة ولا صارف ههنا فيجري على حقيقته
وهو ظاهر انتهى **اقول** يمكن ان يدفع الاشكال بوجه آخر وهو ان الوجوب
على نوعين وجوب في نفس الامر بان يكون للمدعي على المدعى عليه دين في الواقع
ووجوب في الظاهر بان يثبت عليه دين بشهود او باقرار المدعى عليه ومرادهم
من كون القضاء او الابراء يتلوه الوجوب ما يعم الوجوب ظاهرا وقولهم
ان غير الحق قد يقضى ان غير ما هو واجب في الحقيقة وفي نفس الامر فتامل ويمكن
ايضا ان يقال ان هذا باب اختلف فيه المشايخ فما ذكر في الهداية و
الوقاية وامثالهما في باب الاقرار رأي بعض المشايخ وما ذكر في كتاب القضاء
والدعوى رأي البعض الآخر منهم قال في باب اليمين من الفتاوى الخانية
رجل ادعى على رجل مالا فقال المدعى عليه ان المدعي ابرأني عن هذه الدعوى
فتوهم الحاكم ان هذا اقرار من المدعى عليه فحلف المدعي على البراءة فهل يحلف
المدعى المدعى عليه بعد ذلك على المال ام لا قال الخصاف يحلف هكذا قال الشيخ
الامام ابو بكر محمد بن الفضل ان المدعى عليه يحلف وقوله ابرأني المدعي
من الدعوى لا يكون اقرارا بالمال وهذه مسئلة اختلف المشايخ فيها قال
المتقدمون من اصحابنا دعوى البراءة عن الدعوى لا يكون اقرارا وخالفهم
فيه المتأخرون ثم قال بعد ذلك نقلا عن الشيخ الامام ظهير الدين ان في
المسئلة اختلاف المشايخ **قال** وجه الاستحسان وهو ان العرف
انهم يستثقلون تكرار الدراهم في كل عدد ويكتفون بذكرها عقيب العددين
اقول يرد على هذا التقرير ما لا يخفى على الناقد البصير من ان الدرا

لم يذكر فيما نحن فيه عقيب عددين وان الاكتفاء المذكور ليس بمختص بما يكرر
استعماله حيث يجب الاكتفاء في مثل مائة وثلثة اثواب فالاولى في بيان
وجه الاستحسان والفرق بين مائة ودرهم ومائة وثوب ما تقرر في كتب
الاصول من ان الحاصل اذا ذكر بعد المائة عدد مضاف نحو مائة وثلثة
اثواب فان الاخير بيان المائة بالاتفاق فاما كان بعد المائة عدد شي
من المقدرات كالدراهم والدنانير والقفيز يجعله بيانا للمائة قياسا
على العدد والجامع كونهما مقدرين فاذا قال له على مائة ودرهم
قلنا المائة من الدراهم قياسا على قوله على مائة وثلثة اثواب اما اذا كان
بعد المائة شيء مما هو غير مقدر كالعبد والثوب كقوله على مائة وثوب
ومائة وعبد لا يجعل بيانا للمائة لانه لا يشبه العدد حتى يصح قياسه
على مثل له على مائة وثلثة دراهم مع مانع اخر وهو ان تفسير المائة
بالعبد او الثوب لا يلايم لفظ على لان موجبة الثبوت في الذمة ومثل
العبد والثوب لا يثبت في الذمة الا في السلم للضرورة **قوله** لزمه
اعترض عليه بعض الاجلة حيث قال يرد على هذا الاصل النقض بما
اذا اقر بدابة في اصطبل فان اللازم للمقر هناك هو الدابة خاصة
عند ابي حنيفة وابي يوسف كما سيأتي مع انه لا ريب في ان الثاني
فيه صالح لان يكون ظرفا للاول **اقول** جوابه اظهر مراده يخفى فان
مراده بقوله لزماه ان الاقرار على الوجه المذكور يكون اقرارا باخذ
الظرف والمظروف فيلزمه تسليمهما معا ومراد المص بقوله لزمه الدابة
خاصة لزوم ضمانها خاصة والعقار وان لم يلزم ضمانه عند الهلاك
لكنه يلزم عليه تسليمه عند البقاء يرشدك الى ما ذكرنا ما ذكره الش هكو
في شرح قول المص لزمه الدابة خاصة الظاهر انه اراد باللزوم ههنا
الدخول في الضمان اي ضمن الدابة دون الاصطبل يشعر به التعليل
بقوله لان الاصطبل غير مضمون ولو اريد لزوم تسليمه لم يستقم
التعليل المذكور لان الاصطبل وان كان لا يضمن بالغصب فقد يجب

على الغاصب

على الغاصب تسليمه الى المالك انتهى وفي كلام الشارح نفسه ايضا اشارة
الى ما ذكرنا حيث قال هناك يعني ان الاقرار اقرار بهما جميعا لكن لا يلزم
الا ضمان الدابة فالحاصل انه اراد الشارح المعنى الذي ذكره الامام
برهان الدين في محيطه حيث قال والاصل في هذه المسائل ان في متى
دخلت على ما يصح ظرفا عادة اقتضى غصبهما والا فغصب الاول دون غيره
قال بخلاف ما اذا قال غصبت من قوصرة لان كلمة من للانتزاع
اقول يتجه على ظاهره ان يقال قد تقرر ان من يكون بمعنى في كقوله
تعالى اذا نودي للصلوة من يوم الجمعة فلا يكون فرق بين الصورتين بين
ان قيل اذا احتمل من معنى الانتزاع والظرفية يحمل على الاول فيلزم المظروف
خاصة لكونه الاقل المتيقن وعدم الدليل على ارادة الثاني قلنا ان في
يجيء من ايضا كقوله تعالى ونبعث في كل امة شهيدا فكان يجب ان لا يلزم
في صورة الاقرار بكلمة في ايضا غير المظروف والجواب في ظاهر في الظرفية
ومن في معنى الانتزاع فلا يحمل كل منهما على ما هو ظاهر فيه ما لم يصرف عنه
صارف فتأمل **قوله** قيل هو منقوض اعترض عليه الحبر الفاضل رحمه الله
حيث قال اطلاق النقض ليس بموافق للاصطلاح فان اللازم قصور
الدليل **اقول** اطلاق النقض باعتبار ان تعليل الحكم المذكور بالتعليل
المذكور يتضمن القول بان كل موضع يجري فيه هذا الحكم انما يجري
لهذا التعليل فاذا لم يجر هذا التعليل في تلك الصورة التي يجري فيها
ذلك الحكم ينتقض تلك الكلية الضمنية بها فتأمل **قال** فوقع الشك
قال الحبر الفاضل لتعارض الحقيقة لكلمة في والعادة فان الثوب
الواحد لا يصان في عشرة اثواب عادة انتهى واعترض على هذا القول
انه ليس بسديد لان العادة لم يذكر في كلام المص قيل فكيف يتم التفريع
المستفاد من قوله فوقع الشك بالنظر الى تعارض الحقيقة وانما المذكور
فيه فيما قبل استعماله كلمة في في معنى البين فمراده بوقوع الشك انما هو
بالنظر اليه **اقول** مراد الحبر الفاضل الاشارة الى ان تمام مرام

ابي يوسف رحمه الله تعـ يحتاج الى نوع عناية بضم مقدمة مطوية وذلك لان مجرد استعمال كلمة في في معنى البيع لا يلزم ان يعارض ذلك المعنى الظرفية التي هي معنى اصلي لكلمة في وهي حقيقة فيه فيقع الشك ويرجح معنى البيع وان كان معنى مجازيا لكون الاصل براءة الذمة فلابد ان يضم اليه مقدمة سكت المص عن بيانها وهو ان معنى البيع وان كان معنى مجازيا لكلمة في الا انه مؤيد ههنا بالعادة فيتعارضان فيرجح معنى البيع بما ذكره المص يرشدك الى هذا ما ذكره الدهلوي حيث قال وقد يقال الاستعمال في معنى البيع والوسط مجاز واستعمالها للظرف حقيقة والحقيقة اولى واجيب في الحاشية بان الحقيقة ههنا تركت بدلالة العادة انتهى فلله در هذا الفاضل ما ادق نظره جزاه الله تعالى عن اصحاب التحصيل خيرا **قوله** كان اخر كلامه لغوا يعني لم يترتب عليه حكم شرعي ولم يثبت به شيء زايد على ما يثبت بقوله ثوب فيكون لغوا بالنظر الى الحكم الشرعي وان كان له معنى بحسب العربية وبعض الاجلة لما غفل عن هذا المعنى الصحيح الموافق للحق الصريح اعترض على جمهور الشراح بقوله لا يساعد كلام المص حمل اخر كلام المقر لغوا فان قوله فتعين الاول محملا يدل على ان الاخر كلام المقر وهو قوله في عشرة اثواب محملا متعينا وهو معنى البين المذكور اولا **قال** ولابي يوسف رحـ ان الاقرار مطلقة ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة قال في النهاية ولابي يوسف رحـ [illegible] وجهان احدهما ما ذكر في الكتاب والثاني ما ذكره صاحب الذخيرة فقال ان هذا اقرار صدر من اهله لاهله وقد احتمل الجواز والفساد كما قال محمد رحمه الله الا ان حمله على الجواز متعذر لان الجواز له وجهان الوصية والميراث والجمع بينهما متعذر وليس احدهما بان يعتبر سببا اولى من الاخر فتعذر الحمل على الجواز فيحكم بالفساد ونظير هذا ما قالوا فيمن اشترى عبدا بالف درهم فقبضه المشتري قبل نقد الثمن ثم باعه المشتري مع عبد اخر له من البايع

يكون

يكون فاسدا وان احتمل الجواز لان للجواز وجهين بان يصرف اليه مثل الثمن او اكثر والجمع بينهما متعذر وليس احدهما باولى من الاخر فيتعذر الحمل على الجواز فحكم بالفساد الخ اعترض عليه بعض الاجلة حيث قال الوجه الذي ذكره في الذخيرة منظور فيه اما اولا فلانا لا نسلم ان كون كل واحد من الوصية والميراث وجها صالحا لجواز الاقرار للحمل يقتضي تعذر الحمل على الجواز فيلزم الحكم بالفساد ولم لا يكفي في صحة الحمل على الجواز صلاحية وجه ما من الوجهين المذكورين للجواز وان لم يتعين خصوصيته واحدهما الا ترى ان جهالة نفس المقر لا تمنع صحة الاقرار بالاتفاق فكيف يمنعها جهالة سبب المقر به غاية الامر انه لا يلزم المقر بيان خصوصيته وجه من ذينك الوجهين واما ثانيا فلان ذلك الدليل منقوض بما اذا قال لرجل لك علي الف درهم ولم يبين سببه الخ واما ثالثا فلان التنظير المذكور ليس بتام لان الجهالة في مسئلة بيع العبد المشتري مع عبد اخر من البايع ليست في السبب بل في قدر ثمن العبد الذي اشتراه فانه لما جاز بيعه بوجهين بان يصرف اليه مثل الثمن الاول وبان يصرف اليه اكثر من الثمن الاول ولم يتعين احد ذينك الوجهين بخصوصه وقعت الجهالة في ثمنه وجهالة الثمن مفسدة في البيع بلا كلام بخلاف جهالة السبب في الاقرار على ان تعليل فساد البيع في تلك المسئلة بما ذكر ليس بتام ايضا لانه ينتقض بصحة بيع عبد اخر له فان لجواز بيعه ايضا وجهين بان يصرف اليه ما بقي من مثل الثمن الاول للعبد الذي اشتراه المشتري من البايع او ما بقي منه الخ **اقول** ان منشأ هذا قلة التأمل وعدم الاذعان۔ مما لا يحيط به نطاق البيان۔ وعلى الله المنان۔ الاعتماد والتكلان۔ في العصمة عن امثال هذا الخبط والخلل۔ والزيغ والزلل۔ فان ما ذكره هذا المعترض في اعتراضه الاول والثالث من اغراب الامور واعجب الحوادث۔ اما الاول فلانه كيف يصح له عدم تسليم ان كون كل واحد من الوصية والميراث وجها صالحا لجواز الاقرار للحمل يقتضي تعذر الحمل على الجواز مع انهم بينوا وجه ذلك الاقتضاء انه لا يمكن الجمع بين وجهي الجواز وفي ترجيح احدهما تحكما وما ذكره في قوله الا ترى ان جهالة نفس المقر به

لا يمنع صحة الاقرار بالاتفاق وليس بشيء اذ الجهالة في المقر به ليس الا في
مقداره ولا فرق بين المقادير في اقتضاء صحة الاقرار وفساده فلم يكن
الامر هناك دائر بين الصحة والفساد حتى يجعل تزاحم وجوه الصحة ولزوم
الحكم على تقدير ترجيح احدهما وجها للقول بالفساد بخلاف ما نحن فيه فان
اقرار المقر ههنا دائر بين الصحة بان يكون وجوب المال للحمل بالارث والوصية
وبين الفساد بان يكون بالتجارات فيجعل تزاحم وجهي الصحة سببا للحمل على
الفساد وما ذكره بقوله غاية الامر انه لا يلزم المقر بيان خصوصية وجه من
ذينك الوجهين فليس بشيء ايضا فان لزوم البيان على المقر فرع صحة الاقرار
واذا كان في تصحيح الاقرار حال جهالة السبب ما ذكروه من المحذور لا يصح الا قرار
راسا فلا يجب البيان على المقر فليتأمل واما في الثاني فلان ما ذكروه
من التزاحم انما يجري في صورة الاقرار للحمل لانه لما كان ثبوت الحق للجنين
حال كونه جنينا امرا غريبا بعيد التحقق لانحصار السبب الصالح في امرين ين
يجب تفحص سببه شرعا والعناية الى تصحيحه في صورة الابهام بحمله على السبب
الصالح فاذا وقع التزاحم بين المحملين الصحيحين لبطلان الحكم بخلاف
الاقرار للحر البالغ لانه لما لم يكن فيه غرابة لتكثر طرقه وتوفر اسبابه لم يحتج
الى التفحص عن سببه فلم يلزم فيه ما ذكر من الزحام واشار الى ما ذكرنا الفاضل
الدهلوي فانه بعدما اورده المعترض قال وايضا جميع اسباب الملك توجب
الملك للادمي المنفصل فلا حاجة فيه الى تعيين بعض الاسباب حتى يتعذر التعيين
للتزاحم اما في حق الجنين فبعض الاسباب صحيح وبعضها غير صحيح فلا بد من تعيين
الصحيح على الفاسد واما في الثالث فلان ما ذكره من عدم كون الجهالة في
مسئلة بيع العبد المشتري مع عبد آخر من البايع في السبب بل في قدر الثمن
اضحوكة يتلهى بها في المحافل فان الجهالة في قدر ثمن العبد المذكور جهالة
في سبب صحة بيعه لانه لما لم يجز شراء ما باع قبل نقد الثمن كان لصحة
عقد البيع في العبد المذكور سببان احدهما ان يصرف اليه من ذلك الثمن
الذي قوبل للعبدين في هذا البيع مثل الثمن الاول والآخر ان يصرف

اليه الاكثر من الثمن الاول وما توهمه من كون وجه فساد العقد فيه
جهالة الثمن من حيث هي من غير تصير الى ما ذكرنا كما نص عليه بقوله
وقعت الجهالة في ثمنه وجهالة الثمن في البيع مفسدة فليس بشيء اصلا
فان معلومية ثمن مجموع العبدين المبيعين بصفقة واحدة كافية
في انتفاء الجهالة المفسدة للبيع ولا يجب تعيين حصة كل واحد منهما
فالفساد في العبد المذكور ليس الا لتزاحم سببي الصحة كما ذكروا الجهالة له
الثمن وما ذكره بقوله على ان تعليل فساد البيع في تلك المسئلة بما ذكر
ليس بتام لانه ينتقض بصحة بيع عبد آخر له فان الجواز بيعه ايضا وجهين
لح اظهر في الفساد من الاول اذ قد اشرنا الى ان تزاحم وجوه الصحة انما
يكون سببا للفساد فيما دار بين الفساد والصحة كبيع العبد المشتري
من البايع فانه لما لم يجز شراء ما باع باقل مما باع من المشتري كان امره دائرا
بين الفساد بان يصرف اليه الاقل من الثمن الاول والصحة بان يصرف
اليه مثل الثمن الاول او الاكثر واما العبد الآخر الذي ضم اليه فليس
فيه ما يقتضي فساد بيعه اصلا حتى يتوهم فيه ما ذكره **باب الاستثناء**
وما في معناه قوله وهو الشرط اراد بالشرط التعليق بمشية الله تعالى
والظاهر انه داخل في الاستثناء فانه يسمى استثناء كما هو المشهور وقد
وقع في الكتاب العزيز قال الله تعالى اذ اقسموا ليصرمنها مصبحين
ولا يستثنون قال البيضاوي رحمه الله تعالى ولا يقولون ان شاء الله
وانما سماه استثناء لما فيه من الاخراج غير ان المخرج به خلاف المذكور
والمخرج بالاستثناء عينه ولان معنى لا اخرج ان شاء الله تعالى ولا اخرج
الا ان يشاء الله واحد ولو سلم انه داخل فيما في معنى الاستثناء فالظاهر
انه غير مختص به كما هو المتبادر من قوله وهو الشرط بل يعم امثال القول
المقر بالدراهم انها زيوف او نبهرجة على رايهما الى غير ذلك **قوله**
وقال الفراء استثناء الاكثر لا يجوز **اقول** من ذهب الى عدم جواز
استثناء الاكثر ذهب الى عدم صحة استثناء النصف والشرط عندهم

ان يكون المستثنى اقل من المستثنى منه كما يشير اليه ما ذكره الاتقاني حيث
قال واستثناء بعض ما دخل تحت اللفظ مقصودا جائز اذا كان المستثنى
اقل من المستثنى منه عندهم جميعا وقال ايضا بعد اسطر وعند مالك
والفراء وهو قول ابي يوسف على ما روى في غير رواية الاصول لا يصح الاستثناء
ووجهه ان من عادة العرب انهم يقصدون بالاستثناء اخراج الاقل
دون الاكثر ويؤيده ما ذكره البيضاوي في تفسير قوله تعالى الا من
اتبعك من الغاوين حيث قال وعلى الاول يدفع قول من شرط ان يكون المستثنى
اقل من الباقي لافضائه الى تناقض الاستثنائين الخ فلذلك جاز المصنف في تقدم
مذهبهم الى قوله تعالى قم الليل الا قليلا نصفه متمسكا بما ذكره المفسرون
في كون نصفه بدلا من قليلا حيث يثبت به جواز استثناء النصف
وعدم اشتراط ان يكون المستثنى اقل ولا قائل بالفصل وبعض الاجلة
لغفوله عن هذا قال في كون هذه الآية الكريمة دليلا على جواز استثناء
الاكثر نظر الخ على انه يمكن ان يقال اذا كان نصفه بدلا من قليلا بان يكون
المراد من القليل القليل بالنسبة الى مجموع الليل يكون مجموع قوله نصفه
او انقص منه قليلا او زد عليه بمثابة التفسير للقليل المستثنى فيكون
استثناء القليل باعتبار كونه مفسرا بالزيادة على النصف دليلا قويا
ذكره ابن الحاجب في مختصره من اصول الفقه وهو قوله ان عبادي ليس لك
عليهم سلطان الا من اتبعك من الغاوين فان الغاوين اكثر بقوله تعالى وما اكثر
الناس ولو حرصت بمؤمنين **اقول** فيه بحث من وجوه اما اولا
فانهم جوزوا هناك الاستثناء منقطعا فلا يكون له مساس بهذا المقام
واما ثانيا فلان الغاوين وان كانوا اكثر جاز استثناؤهم تنزيلا
لهم مع كثرتهم منزلة القليل **قال** الجد الفاضل رحمه الله في تحشية
تلك الآية الكريمة ان الكثرة الادعائية تكفي في صحة شرطهم والمخلصون
كثيرا وان قال الغاوون بالعكس قال في اخر قسم من المفتاح لم تقل
لفلان علي الف الا تسعمائة وتسعة وتسعين الا وانت منزل لذلك

الواحد منزلة الالف لجهة من الجهات الخطابية والسكاكي من الذين شرطوا
كون المستثنى اقل من الباقي انتهى واما ثالثا فلان كثرة المستثنى في تلك الآية
الكريمة انما يفهم من خارج لا من نفس اللفظ ولم لا يجوز ان يكون المحذور كون
ذلك مفهوما من نفس لفظ المستثنى الا ترى ان استثناء الكل من الكل باطل
بالاتفاق ولكنه مقيد بما اذا اعلم ذلك من نفس اللفظ كما اذا قال عبيدي
احرار الا عبيدي او الا مماليكي واما اذا كان المستثنى منه يعم وضعا فلا تضره
المساواة في الخارج كما اذا قال عبيدي احرار الا هؤلاء مشيرا الى جميع
عباده **قوله** لانه لا يقول بالاخراج بعد الدخول **اقول** قد ذكر العلامة
الفناري في فصول البدايع المذاهب الثلثة في الاستثناء فقدم احتمال
كون لفظ المستثنى منه مجازا في المستثنى ثم ذكر كون المجموع موضوعا في المستثنى
ثم ذكر الاسناد بعد الاخراج ثم قيل ميل الشافعي الى الاول ولذا جعله من النفي
اثباتا ومن الاثبات نفيا ومشايخنا مالوا الى الاخرى وقال فيما نقل عنه ومنه
يعلم فساد ما قاله القاآني في خزانه لا شك ان المذهب الثالث احق بان
يكون مذهب الشافعي للتعارض فيه بين المستثنى منه والمستثنى ايجابا ونفيا
بكلامين مستقلين وذلك لان الاخراج اذا كان مقدما على الاسناد كان
قيدا للمحكوم عليه لا حكما اخر وذلك في غاية الوضوح **قال** لان البناء
داخل في هذا الاقرار معنى لا لفظا والاستثناء تصرف في الملفوظ اعترض
عليه بعض الاجلة حيث قال وان كان موافقا لما ذكره المص وغيره
في كتاب الايمان من ان الدار اسم للعرصة والبناء وصف فيها الا انه
مخالف لما ذكر في كتب اللغة فانه قال في المغرب اسم جامع للبناء والعرصة
وقال في القاموس الدار المحل يجمع البناء والعرصة **اقول** لم لا يجوز
ان يكون مراد المطرزي من قوله اسم جامع للعرصة والبناء ومراد صاحب
القاموس من قوله يجمع البناء والعرصة دخول البناء فيه تبعا بطريق
الوصفية كما حمل المعترض مراد المص من قوله ان اسم الخاتم يشمل الكل
على الشمول العام من القصدي والتبعي فتأمل قال في البدايع ولو اقر لانسان

بدار واستثنى بناها لنفسه فالاستثناء لان اسم الدار لا يتناول البناء
لغة بل وضع دالا على العرصة في اللغة وانما البناء فيها بمنزلة الصفة
فلم يكن المستثنى من جنس المستثنى منه فلا يصح الاستثناء ويكون الدار مع
البناء للمقر له لانه وان لم يكن اسما عاما لكنه يتناول هذه الاجزاء
بطريق التضمن كمن اقر لغيره بخاتم كان له الحلقة والفص لا لانه اسم
عام بل هو اسم لمسمى واحد وهو المركب من الحلقة ولكنه يتناوله بطريق
التضمن اعترض عليه بعض الاجلة حيث قال فيه نظر اما اولا فلان قوله
لان اسم الدار لا يتناوله لغة بل وضع دلالة على العرصة مما لا يساعده
كتب اللغة الا ترى الى ما قال في المغرب الخ واما ثانيا فلان قوله
لكنه يتناول هذه الاجزاء بطريق التضمن يدل على ان البناء جزء في
من معنى الدار وهذا مع كونه مخالفا لما قال اولا من ان اسم الدار لا يتناول
البناء يقتضي صحة استثناء البناء لنفسه للقطع بصحة استثناء الجزء من
الكل كما لو قال له علي عشرة الا واحدا الخ اقول في كلا وجهي كلامه
بحث اما في الاول فلانه يجوز ان يكون مراده من عدم تناول اسم الدار
للبناء عدم التناول القصدي واما في الثاني فلانه اذا اريد من عدم التناول
اللفظي والقصدي واريد من الجزئية المستفادة من لفظ التضمن الجزئية المعنوية
الغير القصدية يندفع التدافع المذكور ومثل الجزئية لا يقتضي صحة استثناء
البناء اذ ليس كل ما هو جزء من شيء يصح استثناؤه منه الا ترى ان اليد والرجل
ونحوهما جزء من زيد مثلا ولا يصح استثناؤه منه لا يقال هذا العبد لك
الا يده او رجله وتحقيقه ان جزء المركب على قسمين قسم يفوت اسم المركب
بفواته كواحد من العشرة ورأس من الحيوان وقسم ليس كذلك كيد زيد ورجله
والاول هو الذي يصح استثناؤه من المركب دون الثاني والبناء من قبيل
الثاني قال بخلاف ما اذا قال الا ثلثها قال الشراح اي اذا قال
هذه الدار لفلان الا ثلثها والا بيتا منها حيث يصح الاستثناء ويكون
للمقر له ما عدا ثلث الدار وما عدا البيت لان كل واحد من الثلث في البيت

داخل

داخل فيه اي في الصدر الذي هو الدار لفظا ومقصودا اعترض عليه
بعض الاجلة حيث قال كون البيت داخلا في الدار لفظا ومقصودا مشكل
على القول بان الدار هو اسم للعرصة كما ذكر في كتاب الايمان واستدلوا
على ان من حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعدما انهدمت وصارت صحراء حنث
اذ على تقدير ان يكون البيت داخلا في الدار لفظا ومقصودا بل يكون جزءا من مدلول
لفظ الدار فلا يكون الدار اسما للعرصة فقط بل لمجموع العرصة والبيوت
اقول البيت اسم لمجموع العرصة والبناء فالحوائط داخلة في اسم
البيت مع العرصة والوصف فيه هو السقف لا كالدار فان البناء كله من
الحوائط وغيرها وصف فيها خارج عنها كما تقرر ذلك في الايمان فمرادهم
من دخول البيت في الدخول فيها باعتبار العرصة فان استثناء البيت
من الدار التي هي اسم للعرصة يكون استثناء لمقدار عرصة البيت من تلك
العرصة بطريق القصد نهاية الامر ان بناء البيت ايضا يكون مستثنى
من الدار لكن لا من حيث انه داخل فيها قبل الاستثناء بل لتبعيته في
الخروج للعرصة الداخلة فيها فتأمل قوله فلا يصدق الا بحجة
اقول بل ينبغي ان لا يصدق بحجة ايضا لان سماع البينة فرع صحة
الدعوى والتناقض من موانع صحتها فلما كان قوله هذه الدار لفلان
اقرارا بكون البيت ايضا للمقر له كان قوله بعد ذلك هذا البيت لي مناقضا
فتأمل بقي ههنا شيء وهو ان المفهوم من كلمات الفقهاء في هذا المقام يخالف
ما ذكر في الوصايا حيث قال المص ومن اوصى بجارية الا حملها صحت
الوصية والاستثناء لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق
بالاطلاق تبعا فتأمل قوله لانه رجوع عما اقر به الخ قال الحبر الفاضل
رحمه الله في تمام التقريب نظر فان ارتفاع الجهالة لا يلزم ان يكون بالتعيين
بل باعتراف المشتري بانه هذا واحضار البايع قال بعض الاجلة ان الامر
فيما نحن فيه لما لم يعين العبد فصار مجهولا لم يكلف المقر له باحضاره
اصلا بل لم يمكن احضاره لتعذر احضار المجهول فانى يتصور احضاره

البائع المبيع ههنا حتى يعرف المشتري بانه هذا **اقول** ليس مراد الجد
الفاضل احضاره بعد الاقرار بل مراده انكار القبض بعد اقراره بان
عليه الف درهم من ثمن عبد غير معين لا يتعين رجوعا حتى تبطل ولا يعتبر
به لجواز ان يكون العبد غير معين بطريان الجهالة بعد البيع بالاختلاط مثلا
ثم ترتفع الجهالة بان احضر البائع عبدا وقال هذا هو الذي بعتكه ويقر
المشتري الا انه لم يقبضه ثم يقر بان عليه الف درهم فاذا امكن هذا
الاحتمال لم يكن انكار القبض في صورة الاقرار بالف من ثمن عبد غير معين رجوعا
عن الاقرار بالكلية فالمراد من الاحضار والاعتراف هو الاحضار والاعتراف
قبل هذا الانكار لا بعده فتامل **قوله** فان اقر انه صح رجوعا الى كلمة على قال
الجد الفاضل رحمه الله تع الاولى ان يقال كما في الهداية فانه اقر بوجوب
الالف وتوجيه كلامه ان صح بمعنى ثبت **اقول** ان مراده ان
كلامه انما يكون اقرارا لما فيه من كلمة على فاصل وجود الاقرار بناء على تلك
الكلمة كما هو المفهوم من كلام المص لا ان صحته بناء عليها كما يفهم من كلام
الشارح ثم اجاب عن ذلك بان هذا التغاير مبني على ان يراد من الصحة
في كلام الشارح بان يقابل الفساد وليس كذلك بل يحمل على ما يقابل البطلان
وهو معنى الثبوت **قوله** ولم يقبل تفسيره عند ابي ح رحمه الله تع
وصل ام فصل قال الجد الفاضل رح يجوز التوكيل بشراء الخمر عند ابي ح
فيجوز ان يضيف الاقرار الى الموكل كما سبق من الشراح في فصل الاقرار
المحمل نظير هذا ولكن وضع المسئلة فيما اذا كان كل من المقر والمقر له مسلما
اقول وضع المسئلة فيما اذا قال المقر من ثمن خمر او خنزير واراد
بذلك الرجوع عن اقراره والخلاص عن الالف الذي اقر به فان الخلاف
بينه رضي الله عنه وبين صاحبيه في ذلك بعينه مما ذكره من الاحتمال
لا مساس له بالمقام كما لا يخفى على المتامل ثم انه اراد بنظير اضافة الاقرار
الى الموكل الذي سبق من الشراح في فصل الاقرار المحمل ما ذكروه بقولهم
وهذا بخلاف ما اذا اقر الرضيع وبين السبب بذلك لانه ان لم يتصور
ذكر

ذكر منه حقيقة فقد يتصور حكما نيابة وهو القاضي ومن يأذن له
القاضي واذا تصور بالنائب جاز للمقر اضافة الاقرار اليه وان لم يبين
سببا انتهى بقي ههنا شيء وهو ان وضع المسئلة فيما اذا كان كل من المقر
والمقر له مسلما لا يدفع الاحتمال الذي ذكره اولا لجواز ان يشتريهما المقر
حال كونه كافرا ووكيل المقر له المسلم ثم يسلم فيقر حال الاسلام فتدبر
قوله لان صيغته وضعت له يعني ان المراد بكونه تعليقا كون صيغته
صيغة التعليق فيكون تعليقا صورة لا حقيقة فيندفع ما عسى
ان يرد عليه من ان ان شاء الله ابطال على رأي لا تعليق وعلى المذهب
الذي هو تعليق انما هو تعليق بما لا يعلم وجوده فماله الى الابطال ووجه
الاندفاع انه على كل حال في صورة التعليق وتلك المرتبة كافية في الفرق
فتامل **قوله** لان الرداءة ضد الجودة **اقول** مراده اثبات كون الرداءة
وصفا ليتوسل بجواز استثنائها في قول القائل له على كر حنطة من ثمن
عبد الا انها ردية الى نقض قولهم استثناء الوصف لا يجوز في تعليل عدم
جواز استثناء وصف الجودة في قول القائل الا انها زيوف ولكن لا يذ هب
على ذي مسكة انه لا حاجة الى اثبات ذلك اذ لا فرق بين قولنا لك علي
الف درهم الا انها زيوف وقولنا له علي كر حنطة الا انها ردية في
ان المستثنى صورة هو الزيافة والرداءة وحقيقة هو الجودة نهاية
الامر ان المص تفنن في الكلام حيث قال بخلاف الجودة ثم قال لان الرداءة
نوع لا عيب فالاولى في تقرير البعض ان يقال فان قيل قد يستثنى الوصف
كما اذا قال له علي كر حنطة من ثمن هذا العبد الا انها ردية لانه استثنى
فيه الجودة **قوله** اجيب بان الرداءة في الحنطة نوع لا عيب اعترض
عليه بعض الاجلة حيث قال فيه نظر لان معاد الجواب الثاني ان الرداءة
في الدراهم عيب وفي الحنطة ليست بعيب لا انها في الدراهم وصف
وفي الحنطة ليست بوصف فلا يندفع به اصل السؤال لان حاصله نقض
القول بان استثناء الوصف لا يجوز بجواز استثناء وصف الرداءة في الحنطة

على انه لا يندفع به السؤال الثاني ايضا لان حاصله طلب الفرق بين رداءة
الحنطة وجودة الدراهم ومفاد الجواب عنه بيان الفرق بين رداءة الحنطة
ورداءة الدراهم **اقول** مبنى ما ذكره اولا الغفول عن ان كل ما هو عيب
فهو وصف وكل ما هو نوع ليس بوصف فاذا افاد الجواب الثاني ان الرداءة
في الحنطة ليس بعيب بل نوع افاد انها ليست بوصف فلم ينتقض لجواز استثناء
رداءة الحنطة في المثال المذكور قولهم استثناء الوصف لا يجوز ومبنى ما ذكره
ثانيا الغفول عن ان جودة كل شيء كرداءته في انها نوع او عيب فاذا افاد
الجواب المذكور الفرق بين رداءة الحنطة ورداءة الدراهم فقد افاد الفرق
بين رداءة الحنطة وجودة الدراهم بخلاف جودتها **قوله** ويمكن ان
يجاب عنه بان لي قال بعض الاجلة هذا كلام خارج عن التحصيل اما اولا
فلان الزيافة في الدراهم مما لا يكون الموصوف بها متصفا بها من حيث
الخلقة اصلا اذ هي امر عارض للدراهم تخلو عنها الدراهم في اصل
خلقتها **قال** ومن قال لآخر اخذت منك الف درهم وديعة فقال
غصبتها لم يضمن والفرق لي **اقول** ذكرت في كتاب الاقرار من الخانية
مسئلتان احداهما موضوعة في صورة الاقرار بالاخذ والاخرى في
الاعطاء وذكرت ان القول في الاولى قول المقر له وفي الثانية قول المقر
يتبادر ان معنى اختلافهما حكما على الوجه المذكور ما ذكر ههنا من الوجه
الا انه لا يذهب على الناقد البصير والمتأمل الخبير ان الفرق المذكور
ههنا لا يجري هناك وذكر انه قال رجل قال لآخر اخذت منك الفا
وديعة والفا غصبا فضاعت الوديعة وهذه الالف غصب وقال المقر له
لا بل هلك الغصب وبقيت الوديعة كان القول قول المقر باخذ هذه الالف
ويغرم المقر الفا اخرى وكذا لو قال المقر له لا بل غصبتني الالفين كان الجواب كذلك
ولو قال المقر اودعتني الفا وغصبت منك الفا فهلكت الوديعة وبقي الغصب
وقال المقر له لا بل هلك الغصب كان القول قول المقر باخذ المقر له الالف ولا يضمن
شيئا انتهى وانما قلت ان الوجه المذكور ههنا غير جار هناك لان كون القول

قول

قول المقر له ههنا في صورة الاقرار باخذ الالف ودعوى كونها وديعة ليس الا لكون
المقر باقراره باخذ الالف مقرا بسبب الضمان وبدعوى كون الالف المأخوذ
وديعة مدعيا للمبرئ بعد الضمان وكون المقر له بتكذيبه للمقر في الاذن
منكرا لما يدعيه المقر من المبرئ والقول قول المنكر حتى لو وافقه المقر له في الاذن
يكون القول قول المقر كما اشار اليه المص بقوله وهذا بخلاف ما اذا قال
اخذتها منك وديعة وقال الآخر لا بل قرضا حيث يكون القول قول المقر
وان اقر بالاخذ لانهما توافقا هنالك على ان الاخذ كان بالاذن الا ان
المقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض وهو ينكر فافترقا انتهى ولا يخفى
ان الامر في مسئلتي الخانية كذلك فان المقر وان اقر في الصورة الاولى
بسبب الضمان وهو اخذ الالف وادعى المبرئ وهو الاذن والايداع الا
انه صدقه المقر له في ذلك على ما يفصح عنه قوله لا بل هلك الغصب وبقيت
الوديعة وبالجملة ان المقر والمقر له متفقان هناك على ان احدى الالفين
ماخوذ بالاذن والايداع والاخر بطريق الغصب الا ان المقر له يريد
تضمين الهالك بدعوى كونه غصبا وكون الوديعة ما هو الحاضر والمقر ينكر
وجوب الضمان عليه فكان ينبغي ان يكون القول قول المقر نعم لو كان المقر له
يكذبه في كون احدى الالفين بالاذن والايداع ويدعي ان الالفين غصب
لكان القول قول المقر له على ما اشار اليه بقوله وكذا لو قال المقر له لا بل غصبتني
الالفين كان الجواب كذلك **قال** وقد يكون من غير صنعه قال السرخسي
كاللقطة فانها وديعة في يد الملتقط وان لم يدفع اليه صاحبها وكذا
اذا اهبت الريح والقت ثوبا في دار انسان قال بعض الاجلة ظاهر قول
المص وقد يكون من غير صنعه ينافي ما ذكر في الاول من ان الايداع اثبات
اليد قصدا الى اخره **اقول** جوابه ظاهر فان مراده من كون الايداع
اثبات اليد قصدا ان اليد التي يثبتها المودع للمودع في قسم الايداع
الذي يكون بالصنع من المودع قصد به ليست كاليد التي يثبتها الموجر
ولا يلزم منه ان لا يكون للايداع قسم اخر ليس فيه صنع من المودع ثم

قال بقي ههنا شيء وهو ان الفرق المذكور انما يتضح لو كانت صورة مسئلة
الوديعة ما لو قال هذه الالف كانت وديعة عند فلان بدون ذكر لفظ
له الخ **اقول** هذا ليس بشيء اصلا فان كلمة لي انما تفيد كون الوديعة
ملكا للمقر ولا يتوقف على ان يكون الايداع بصنع من جهته فتأمل **قال**
لان الديون تقضى بامثالها **اقول** في توجيه تعليل هذا مسلكان
الاول ان يقال ان الدين وصف ثابت في الذمة والعين المودى
مغاير له جعل اداؤها في الشرع طريقا للخلاص عنه الا في تسليم بدل الصرف
وتسليم المسلم فيه فان كلا منهما وان كان وصفا ثابتا في الذمة
الا ان الشرع جعل المودى عين ذلك الواجب لئلا يلزم الاستبدال
في بدل الصرف والمسلم فيه قبل القبض وهو حرام ولئلا يلزم امتناع
الخير على التسليم بناء على الاستبدال موقوف على التراضي والاخر ان
يقال ان المديون لما سلم المال الى رب الدين صار ذلك دينا في ذمة
المديون فتقاصا مثلا بمثل والمفهوم من ظاهر كلمات الشراح كصاحب
العناية ومن سبقه هو المسلك الثاني الا ان صاحب التلويح لم
يتلقه بالصواب حيث قال فيه نظر لان قضاء ح لا يكون تسليم عين الثابت
وهو ظاهر ولا تسليم مثله لان المثل على هذا التقدير هو ما ثبت في ذمة
رب الدين والتسليم لم يقع عليه بل على نفس المال المودي وايضا على هذا لا يكون
بين قضاء الدين والقرض فرق وقد صرح فخر الاسلام وغيره ان تادية
القرض قضاء بمثل معقول وتادية الدين بمثل كامل انتهى والعجب ان
المفهوم من كلام التفتازاني اختصاص كون تاديته قضاء بالمثل بالقرض
وان يكون تادية سائر الديون اداء والمفهوم من كلام الدهلوي عكسه
حيث قال سوى ههنا بين القرض وسائر الديون وجعل ما يقضى به القرض
مثلا وقد نص في باب السلم ان المردود في باب القرض حكم عين المأخوذ
الخ والمفهوم من قول المص كما سيجيء الا اذا قضى ما استقرض في مرضه او نقد ثمن
ما اشتراه في مرضه الميل الى ما ذكر في الاصول واختاره صاحب التلويح من جعل

تادية

تادية القرض قضاء وتادية سائر الديون اداء حيث خص القضاء بالقرض
وذكر في ثمن المشتري لفظ النقد المنبئ عن الاداء وما ذكر في باب السلم
من جعل المردود في القرض عين المأخوذ فانما هو لدفع لزوم تملك الشيء بجنسه
نسيئة والتصرف بلا قبض فيه وهو ربوا فاعتباره كذلك لتلك المصلحة لا يلزم
الاصرار عليه فتأمل **باب اقرار المريض** انما اخر هذا الباب عن المسائل
المتقدمة لان تلك المسائل لا اختصاص لها بالصحيح والمريض بل هي مطلقة عن القيدين
بخلاف المسائل المذكورة في هذا الباب فانها مقيدة بالمرض والمقيد بعد المطلق
كالمركب بعد المفرد على ان البحث في هذا الباب عن ان المريض اذا اقر في مرض موته
كيف يكون حكمه بعد موت المقر فهذا الباب في الحقيقة باب يبحث فيه احوال الميت
والموت اخر الاحوال فكان كتاب الوصايا اخر الى اخر كتاب الهداية كذلك
ما يتعلق بحال الميت في كل كتاب من كتب الهداية يؤخر الى اخر ذلك الكتاب هذا
واما ما قيل لما فرغ من بيان احكام اقرار الصحيح شرع في بيان احكام اقرار المريض
لان المرض بعد الصحة وما في معناه من هذا الكلام ليس بشيء اذ ليست مسئلة من المسائل
المتقدمة مختصة باقرار الصحيح بل يجري في الصحيح والسقيم كما لا يخفى على الذهن
المستقيم الا ترى ان قوله في صدر الكتاب اذا اقر البالغ العاقل بحق لزمه اقراره
مجهولا كان ما اقر به او معلوما لا يختص بالصحيح وكذا الاختلاف فيما يجب على
من قال لفلان علي مال او قال مال عظيم او قال دراهم كثيرة لا يختص بما اذا كان
المقر صحيحا وكذا مسائل الاستثناء والاقرار بالحمل وبه وما قيل ان في اقرار
المريض اختلافا في بعض الصور كما يجيء بيانه واقرار الصحيح ليس فيه اختلاف فكان
اقوى وبالتقديم اولى فهو ايضا ليس بسديد لان المسائل المتقدمة ان كانت
متعلقة باقرار الصحيح فلا ريب في ان في اكثرها اختلافا الا ترى انه اذا قال
لفلان علي مال عظيم لم يصدق عند ابي ح رحمه الله في اقل من عشرة دراهم
وعندهما في اقل من مائتي درهم الى غير ذلك **قوله** واذا اقر في مرضه بديون
غير معلومة الاسباب **اقول** المراد بمعلومية سبب الدين ان يعلمه القاضي
اما بمشاهدة سببه او بثبوته بالبينة فالمراد من اقراره بديون غير معلومة

الاسباب اقراره بديون لم يشاهد القاضي سببها ولم تثبت بالبينة لان
لا يذكر المقر في اقراره سببها فانه لا عبرة به **قال** الشافعي دين الصحة
ودين المرض يستويان اعترض عليه الجد الفاضل رحمه الله تعالى حيث قال المدعى
عام لما ثبت بالاقرار او بالمعاينة والدليل خاص فينبغي ان يضم اليه لم يفصل
احد بين الثابت بالاقرار في دين الصحة والثابت بالمعاينة فكذلك يجب
ان يكون حال الثابت في المرض ويجوز ان يكون من التنبيه بحال الادنى على حال
الاعلى انتهى **اقول** لا يخفى على ذي مسكة ان مراده من قوله المدعى
عام لما يثبت بالاقرار او بالمعاينة والدليل خاص ان يدعي الشافعي
مساواة دين المرض بنوعيه اي الثابت بالاقرار ومعاينة السبب
لدين الصحة ودليله وهو قوله لاستواء سببهما وهو الاقرار مخصوص
بنوع واحد من نوعي دين المرض وهو الثابت بالاقرار فمراده من قوله ويجوز
ان يكون من التنبيه بحال الادنى على حال الاعلى ان الدين الثابت بالاقرار
في المرض ادنى من الدين المعاين سببه فيه بالاتفاق فاذا افاد دليله مسا واة
ذلك النوع الادنى لدين الصحة يعلم به مساواة الدين الاقوى بدلالة
النص ولا يتوهم ان يكون المراد من قوله المدعى عام الخ ان مدعى الشافعي
مساواة دين المرض لنوع واحد منهما يعني الثابت بالاقرار والذي يدل
على ان مراده ما ذكرنا دلالة لا مرد له انه قال في الجواب فينبغي ان يضم
اليه انه لم يفصل احد بين الثابت بالاقرار في دين الصحة والثابت بالمعا ينة
فكذلك يجب ان يكون حال الثابت في المرض ينادي باعلى صوت على ان مبنى
السؤال كان بطريق ان الدليل افاد مساواة احد نوعي دين المرض لدين
الصحة دون النوع الاخر لا بطريق ان الدليل افاد مساواة دين المرض
لاحد نوعي دين الصحة دون النوع الاخر والا كان الصواب ان يقتصر
في الجواب على ان يقول لم يفصل احد بين الثابت بالاقرار في دين الصحة
والثابت بالمعاينة والعجب ان بعض الاجلة نقل عن بعض العلماء في هذا
المقام المناقشة بان دليل الشافعي لم يفد الا مساواة دين المرض لنوع

واحد

واحد من نوعي دين الصحة وهو الثابت بالاقرار فيها ثم اجاب عنه بعدم القائل
بالفصل ثم قال واراد بعض الفضلاء ان يجيب عنه من بيان من ذكر البعض الجد
الفاضل رحمه الله تعالى فافاد انه لم يرد الفرق بين ما اورده بعض العلماء
وما اورده بعض الفضلاء وبنى على هذا الزعم الفاسد ايرادا على اخر كلام
الجد الفاضل فاسد الفساد المبني يطلع عليه من له ادنى شعور ومن لم يجعل
الله له نورا فما له من نور **قوله** سواء كان بسبب معلوم اولا **اقول**
المفهوم من كلامه هذا ان يكون لفظة دين المرض في كلام المص ههنا عاما
لمعلوم السبب والثابت بالاقرار وليس كذلك فان مساواة الدين المعلوم
السبب في المرض لدين الصحة مما لا نزاع فيه بينهم وبين الحنفية فلا
يحتاج الشافعي الى اثبات ذكر النوع ههنا حتى يجعل لفظ دين المرض متناولا
له كيف وقد جعله المص مقيسا عليه بقوله فصار كانشاء التصرف مبايعة
ومناكحة فكما انه يساوي ذكر الدين لدين الصحة فكذلك الدين الثابت
بالاقرار فتبصر وبه يعلم اندفاع ما اورده الجد الفاضل على كلام الشافعي
بقوله المدعى عام الخ ثم ان ذلك الفاضل قال في خاتمة كلامه المذكور ثم
اقول القياس على المبايعة والمناكحة يدل على كون الاقرار سببا للملك عند
الشافعي على ما ذهب اليه بعض اصحابنا لا دليله على ما هو المختار **اقول**
يتوجه على ظاهر هذا المقال ان يقال انفهام كون الاقرار سببا عند الشافعي
من قوله لاستواء سببهما وهو الاقرار اظهر من انفهامه من القياس المذكور
حتى ان الدهلوي اورد الكلام المذكور على قوله المذكور حيث قال وهو الاقرار
جعل الاقرار سببا تسامحا والا فالاقرار ليس بسبب للزوم المال فما وجه
اسناد الدلالة الدلالة المذكورة الى القياس المذكور والظاهر انه
انما ترك الجد الفاضل ما فعله اما لامكان ان يجعل اطلاق لفظ السبب عليه
من قبيل المسامحة كما ذهب اليه الدهلوي بخلاف القياس المذكور فانه
يقتضي السببية لا محالة واما لان النزاع في ان الاقرار سببا للملك
وذلك انما يفهم بقياسه على المبايعة والمناكحة اللتين هما من اسباب الملك

والمفهوم من قولهما الاستواء سببهما وهو الاقرار سببية الاقرار للدين
وسبب الدين غير سبب الملك قال ولنا ان الاقرار لا يعتبر دليلا
اذا كان فيه ابطال حق الغير اقول يجوز اقرار العبد المحجور بالحدود
والقصاص وفي القصاص وبعض الحدود وابطال حق الغير وهو المولى
فتبصر قال ولهذا منع التبرع والمحاباة اقول اذا جعل
هذا اشارة الى ما استفيد من قوله ان الاقرار لا يعتبر دليلا اذا كان
فيه ابطال حق الغير لا معتبر به واريد من المريض مما لا دين عليه وكان
المراد تنوير عدم الاعتبار بالاقرار الذي يتضمن ابطال حق الغير وتوضيحه
يظهر امر التفريع ويندفع ما اورده الجد الفاضل وبعض الاجلة في هذا
المقام ثم ان ما ذكره بعض الاجلة بقوله الوجه في حل هذا المحل ان يقال
ما ذكره المص فيما اذا كان عليه ديون ولكن لم يحط بماله فليس بشيء فان
في تلك الصورة انما يمنع المريض من التبرع والمحاباة بالزيادة على الثلث
وان لم يكن عليه دين اصلا لكن ذلك ليس لتعلق حق الغرماء بماله
بل لتعلق حق الورثة فالمنع لاجل تعلق حق الغرماء بما هو كما هو مقتضى
قول المص ولهذا منع انما يتحقق في صورة تحقق الدين فمنشأه حمل كلمة
هذا على ان يكون اشارة الى تعلق حق الغرماء وقد بينا انه يمكن ان
يكون اشارة الى ما هو المفهوم من قوله ان الاقرار لا يعتبر دليلا
اذا كان فيه ابطال حق الغير قوله جواب عما ادعى الشافعي قال
بعض الاجلة يرد عليه ان يقال لم لا يجوز ان يكون منعه من التبرع والمجا باة
بالزيادة على الثلث في حالة المرض لتعلق حق الورثة بماله في تلك الحالة
لا لتعلق حق الغرماء فيه اقول جاز ان يكون مراده ان المقصود
ههنا مجرد بيان الفرق في حالتي الصحة والمرض ليجاب به عن قياس الشافعي
احدى الحالتين على الاخرى في حصول المرام يكفي تلك المرتبة فكانه قيل
لا يقاس حال الصحة على حال المرض الا ترى ان الوارث وارث للمريض
حال صحته ومرضه لكن يمنع المريض من التبرع بما زاد على الثلث في حال

مرضه

مرضه ولا يمنع في حال صحته فيجوز ان يكون الامر في حق الغريم ايضا كذلك
قال لان حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة اعترض عليه الدهلوي
حيث قال يشكل بان المبايعة بمثل القيمة لما صحت باعتبار ان حق الغرماء
تعلق بالمالية لا بالصورة لزم ان يصح للورثة القائمة مقامه ان
يستخلص لنفس العين باداء قيمتها الى الغرماء والرواية منصوصة في الاصل
الاسروشنية اقول يمكن الجواب عنه بوجهين الاول ان قدرة
الورثة على استخلاص العين باداء الدين كاف في الدلالة على ان تعلق
حق الغرماء بالمعنى لا بالصورة اذ لو كان حقهم متعلقا بالصورة ايضا
لكان لهم ان لا يعطوا العين للورثة عند اداء الدين ايضا وعن هذا نص
الفاضل التفتازاني بهذه المسئلة على ذلك حيث قال لان حق الغريم انما يتعلق
بالمعنى وهو المالية لا بالصورة حتى انه يجوز للوارث ان يستخلص العين
لنفسه ويقضي الدين من مال آخر والثاني انه صرح الفاضل الفناري
في فصول البدائع بجواز استخلاص الورثة باداء القيمة حيث قال
ومعنى في حق غيرهم حتى جاز للوارث استخلاص العين باداء القيمة قال
اذ المعاين لا مرد له اعترض عليه الدهلوي بما حاصله ان التصرف القو لية
وان كانت معاينة فما له مرد في الشرع حتى انها ترد بالرق والصغر
والجنون اقول اراد المص بعدم الرد ههنا عدم احتمال الكذب لا عدم
الاعتداد به فتامل قال لما بينا انه من الحوائج الاصلية يعني في النكاح
ولا تهمة في ثبوتها في غيره قال الجد الفاضل رحمه الله اقول فيه بحث فان
الظاهر من كلام المص ان قوله لا تهمة في ثبوتها يعم النكاح وغيره اقول
فيه بحث بل الظاهر من كلامه ان قوله لا تهمة في ثبوتها لا يعم النكاح فانه
قال وذلك مثل بدل مال الملك اذا استهلكه وعلم وجوبه بغير اقرار ثم قال
او تزوج امرأة مهر مثلها ولا يذهب عليك ان عدم التهمة في الثبوت انما
يكون عند العلم بغير الاقرار فلما خص المص ذلك بالملك والاستهلاك وذكر
النكاح بعد ذلك علم انه لم يرد بالنكاح ما علم بغير الاقرار هذا نعم ان

المناسب للمقام ان يراد بالنكاح ايضا ما علم بغير الاقرار فان المقام
مقام تمثيل التصرفات المعلومة الاسباب ففي تفسير المص قصور الا
ان الكلام ههنا فيما يقتضيه كلام المص ثم ان الاتقاني قال في
شرح قوله لما بيناه اشارة الى قوله اذ المعاين لا مرد له لا يتمشى فيما
اذا ثبت دين الصحة بالاقرار اذ الثابت بالاقرار ليس من المعاين فلم يظهر
بها وجه ان لا يقدم هذا الدين على دين الصحة ثم **اقول** دين الصحة
من حيث انه دين قوي لا يخطر بالبال ان يقدم عليه دين المرض ولم
يقل به احد فلا يهمنا تمشي الدليل في ذلك فانه امر مستغن عن الدليل
وانما المحتاج اليه عدم تقدم دين الصحة على دين المرض اذا كان اسبابه
معاينة فتمشيه فيه كاف في المرام كما لا يخفى **قوله** لانه لم يبطل حق الغر ماء
وانما حوله من محل الى محل يعدله **اقول** هذه المرتبة غير كافية في تمام
المرام في هذا المقام بل لا بد من ان يضم اليها ان يقال وقد تعلق حقهم
بالمالية لا بالصورة والمالية لم تفت بالتحويل لكنه يرد عليه انه قد
تقرر في كتب الاصول ان عدم تعلق حق الغرماء بصورة مال المريض
انما هو في حق غير الغرماء واما في حقهم فيتعلق بماليته وصورته معا على ما
افصح عنه صدر الشريعة حيث قال ولما تعلق حق الورثة والغرماء بماله
صورة ومعنى في حقهم ومعنى فقط في حق غيرهم وقال في التوضيح اي في
حق الورثة والغرماء حتى لا يكون لاحد الورثة ان يأخذ التركة ويعطي
باقي الورثة القيمة ولو قضى المريض حق بعض الغرماء يشاركهم البقية ولا يجوز
للمريض البيع من احد الورثة والغرماء بمثل القيمة وقال في شرح قوله ومعنى
فقط في حق غيرهم حتى يصح بيع المريض من الاجانب بمثل القيمة انتهى اللهم
الا ان يمنع ما ذكره صدر الشريعة ويختار ما في التلويح حيث قال
قوله ولا يجوز للمريض البيع من احد الورثة والغرماء بمثل القيمة هذا مما لا يوجد
له رواية اصلا بل الروايات متفقة على انه يجوز للمريض ان يبيع العين
من بعض الغرماء بمثل القيمة وعدم الجواز يختص بالورثة الى قوله واما

اذا قضى حق بعض الغرماء انما يشاركهم من جهة ان المريض منع عن ايثار
البعض بقضاء الدين لا من جهة ان حقهم تعلق بعين المال **قوله**
لانه اظهار لحق ثابت يترجح جانب الصدق وقال صاحب العناية بدلالة
الحال **اقول** الظاهر ان مراده ههنا بدلالة الحال المعلل به ترجح جا نب
الصدق على ما سبق في صدر كتاب الاقرار من الوجه العقلي المستدعي لحجية
الاقرار مطلقا سواء كان في حق الصحيح او المريض وهو ما ذكروه بقولهم ان
الخبر متردد بين الصدق والكذب في الاصل ولكن ظهر رجحان الصدق
على الكذب لوجود الداعي الى الصدق والصارف عن الكذب لان عقله ودينه
يحملانه على الصدق ويزجرانه عن الكذب ونفسه الامارة بالسوء تحمله
على الكذب في حق الغير اما في حق نفسه فلا فلما صار عقله ودينه وطبعه
دواعي الى الصدق زواجر عن الكذب فكان الصدق ظاهرا فيما اقر به
على نفسه انتهى ثم ان الجد الفاضل قال فيه دلالة على ان الاقرار مظهر عنده
ايضا لا سبب الوجوب كما يفهم من تقريره دليله المذكور في اول الباب
قال ولعل فيه قولين عن الشافعي كما عن اصحابنا او يقدر المضاف
هناك والمعنى لاستواء سببي ظهورهما **اقول** قد سلف ان الجد الفاضل
استند انفهام كون الاقرار سببا للتملك عند الشافعي الى قياسه على المبايعة
والمناكحة اللتين هما سببا التملك لا الى قوله لاستواء سببهما حتى يمكن
التوفيق بتقدير المضاف **قوله** لانه مات مجهلا **اقول** فيه بحث
من وجهين الاول ان التكذيب لا يقتضي كونه مجهلا لان التجهيل ينتفي
بالبيان ولا يتوقف على تحقق صدقه فالاولى ان يقال انا جعلناه ايضا
كالعدم وجب ايضا في تركته لانه مات مجهلا والثاني ان الاب لا يضمن
مال الابن بموته مجهلا قال ابن نجيم في كتاب الامانات من الاشباه والنظائر
وزدت عليها مسائل الاولى الوصي اذا مات مجهلا فلا ضمان عليه كما في جامع
الفصولين الثانية الاب اذا مات مجهلا مال ابنه ذكره فيها ايضا قال
بعض الاجلة قال جماعة من الشراح والجواب عنه انه لو لم يعتبر اقراره يصير كانه

مات مجهلا فيجب الضمان فلا يفيد رد اقراره ولان تصرفه انما رد للتهمة
ولا تهمة في المعاينة اقول جوابهم الثاني غير صحيح لان الثابت بالمعاينة
في المسئلة المذكورة انما هو ايداع الوارث تلك الوديعة لا استهلاك
المورث اياها **اقول** يمكن ان يقال ان الواو سهو من الناسخ والجواب
واحد وقولهم لان تصرفه انما رد للتهمة تعليل لقولهم فلا يفيد رد اقراره
لا جواب آخر والمراد بالمعاينة موته مجهلا فتامل **قال** ولنا قوله
عليه السلام لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين اعترض عليه بعض الاجلة
حيث قال هذا انما يدل على بطلان اقرار المريض للوارث بالدين بدون
تصديق الورثة وسيلتنا تم بطلان اقراره له بالدين وبالعين كما
صرحوا به فكان الدليل قاصرا عن افادة تمام المدعى اللهم الا ان يلتزم
ذلك بناء على افادة الدليل العقلي الآتي كلية المدعى **اقول** يمكن
الجواب بوجهين آخرين احدهما ان عموم مدعى المص ههنا للعين غير مسلم
بل الظاهر اختصاصه بالدين اذ الكلام من اول الباب الى هذا المقام
فيه قال في صدر الباب اذا اقر الرجل في مرضه بديون وعليه ديون في صحته
الخ نعم عموم الحكم مسلم الا ان ذلك لا يقتضي عموم المدعى فتامل والآخر ان الخصم
في هذه المسئلة هو الشافعي وهو لا يفرق بين العين والدين كما لا يفرق
بينهما فلما دل الدليل المذكور على بطلان اقرار الوارث بالدين يدل على
بطلانه بالعين ايضا لعدم القائل بالفصل **قوله** يذكر ما اوردنا
بالاقرار بوارث آخر وما اوجبنا به عنه **اقول** ليس هذا المقام مقام
هذا الكلام بل مقام قول المص فيما يجيء وكذا لم يظهر في حق الاقرار بوارث
آخر لحاجته ايضا **قوله** لظهور امارات الموت **اقول** الكلام في المرض
المتصل بالموت فلا حاجة في بيان كونه حالة الاستغناء الى تعليله بظهور
الامارات اذ ابطال الاقرار الواقع فيه للوارث انما يكون بعد اتصاله
بالموت فيعلم استغناؤه يقينا فتامل **قوله** وقلما تقع المعاملة
مع الوارث يعني انهم قليلون بالنسبة الى عامة الناس فالمعاملة

معهم

معهم قليلة بالنسبة الى المعاملة مع سائر الناس فسد باب المعاملة
معهم في الافضاء الى الحرج ليس كسد باب المعاملة مع عامة الناس
هذا هو الظاهر لا ما ذكره البعض بقوله لان البيع للاسترباح **اقول**
يمكن الفرق بين الوارث والاجنبي بوجه آخر وهو ان بين المريض والوارث
قرابة داعية الى الشفقة فربما لا يؤدي بطلان الاقرار في حق الوارث
الى عدم المعاملة بخلاف الاجانب **فصل** **اقول** انما اورد
هذا الفصل في باب اقرار المريض لانه اورده بمناسبة ان اقرار المريض
بالنسب ليس كاقراره بالمال وانما اخره عن اقرار المريض بالمال لان المقصود
من ايراد اقرار المريض بالنسب صحته في حق اخذ الميراث الذي هو المال
كما لا يخفى **قال** لان الحق له فلا يثبت بدون تصديقه قال بعض
الاجلة ينتقض هذا التعليل بالاقرار بغير النسب بغير النسب كالمال ونحوه
الى قوله هذا اظهر الوجوه وهو الحق عندي اذ لا شك انه يترتب على ثبوت
النسب حقوق كثيرة كثبوت الارث ولزوم النفقة وما اشبههما وفي بعضها
مشقة على المقر له ففي الاقرار بالنسب الزام تلك الحقوق فلا بد من التزام المقر
له اياها حتى لا يتصور بخلاف الاقرار بالمال ونحوه اذ هو نفع محض للمقر
له **اقول** فيه بحث اما اولا فان في صورة الاقرار بالمال ربما يكون المقر به
مما يجب نفقته على المقر له كالامة مثلا واما ثانيا فلان الضرر المذكور
يندفع بقدرة المقر له على رد الاقرار ولا يتوقف على توقفه على القبول كما لا يخفى
كتاب الصلح **قوله** وشرطه كون المصالح عنه مما
يجوز عنه الاعتياض قلت احتراز عن حق الشفعة وعن الكفالة بالنفس على ما
سيصرح به المص بحيث يقول وهذا بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث
لا يصح لانه حق التملك ولا حق في المحل قبل الملك اما القصاص فملك المحل في حق
الفعل فيصح الاعتياض عنه والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة حتى لا يجب
المال بالصلح عنه **قوله** لانه اسقاط لبعض الحق وهو يتم بالمسقط اعترض
عليه اما اولا فلانه اذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح عن ذلك

الجنس وكان وقوع الصلح عن سكوت او انكار وجب ان لا يتم الصلح بقوله
فعلت لان كونه اسقاطا لبعض الحق واستيفاء لبعضه الاخر فيما اذا وقع
عن سكوت او انكار انما هو في حق المدعي عليه فانما هو لافتداء اليمين
وقطع الخصومة فلا بد من قبوله ايضا حتى يتحقق الافتداء وتنقطع
الخصومة **اقول** لم لا يجوز ان يتحقق الافتداء بوجود الرضا من المدعى
عليه المدلول عليه بقول الملتمس وطلب الصلح عن ذكر الجنس والتوقف على القبول
بعينه وعدم الاكتفاء بالرضا والطلب من خصايص البيع وما يضاهيه
من المعاوضات وهو التوقف على القبول بعد الايجاب ويدل على ذلك ان
الشارح وغيره ممن ذكروا عدم توقف الصلح فيما لا يتعين بالتعيين
على القبول ذكروا في تصوير المسئلة طلب المدعى عليه ولا يخفى انه لو كان
المراد مجرد الفرق بين الايجاب في تلك الصورة من صور الصلح والايجاب في صورة
البيع في توقف احدهما على القبول دون الاخر لما احتيج الى بيان سبق الطلب
من المدعى عليه واما ثانيا فلانه اذا وقع الدعوى فيما يتعين بالتعيين
كالدار مثلا فصولح على قطعة منها ولحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي
كان الصلح صحيحا على ما ذكر في الكتاب فينبغي ان يتم هناك ايضا بقول المدعي
فعلت بدون قبول المدعى عليه لكونه اسقاطا الدعوى بعض الحق مثل
ما قال في ما اذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك
الجنس فلا يتم اطلاق قوله والقبول فيما يتعين بالتعيين **اقول** يمكن
ان يجاب عنه بوجهين الاول ان وقوع البراءة عن دعوى الباقي في تلك
الصورة مما اختلف فيه المشايخ والروايات على ما ذكر في الذخيرة حيث
قال واذا جاز هذا الصلح هل تسمع دعوى المدعي بعد ذلك وهل تقبل بينة
على باقي الدار ففيما اذا وقع الصلح على بيت من دار اخرى لا تسمع دعواه
باتفاق الروايات لان هذا معاوضة باعتبار جانب المدعي فكانه باع
ما ادعى بما اخذ وفيما اذا وقع الصلح على بيت من هذه الدار ذكر شيخ الاسلام
نجم الدار النسفي في شرح الكافي انه تسمع وهكذا اذا كان يفتي الشيخ الامام

ظهير الدين

ظهير الدين المرغيناني وذكر شيخ الاسلام في شرحه انه لا تسمع دعواه وروى
ابن سماعة عن محمد انه تسمع قالوا وهكذا ذكر في بعض روايات الصلح واتفقت
الروايات ان المدعى عليه لو اقر بالدار للمدعي يؤمر بتسليم الدار اليه
وجه رواية ابن سماعة ان المدعي بهذا الصلح استوفى بعض حقه وابرأ
عن الباقي الا ان الابراء لاقى عينا والابراء عن الاعيان باطل فصار وجوده
وعدمه بمنزلة وجه ظاهر الرواية ان الابراء لاقى عينا ودعوى فان
المدعي كان يدعي جميع الدار لنفسه والابراء عن الدعوى صحيح وان كان
الابراء عن العين لا يصح الخ والثاني ان الكلام في توقف عقد الصلح في
تحققه على القبول وعدم توقفه والذي لم يتوقف في صورة الصلح
فيما لا يتعين بالتعيين على جنسه هو الصلح نفسه فان المشايخ جعلوا الصلح
في تلك الصورة ابراء عن باقي الحق لا معاوضة لئلا يلزم الربوا واما في الصورة
التي ذكرها المعترض فعلى تقدير وقوع البراءة عن دعوى باقي الدار بمجرد
ايجاب المدعي فلا يخفى ان ذلك للابراء الصحيح الذي زاده على الصلح على ما نص
نفسه في بيان وجه صحتها بقوله والوجه فيه احد الامرين اما ان يزيد
درهما في بدل الصلح فيصير ذلك عوضا عن حقه فيما بقي او يلحق به ذكر البراءة
عن دعوى الباقي انتهى فالذي لا يتوقف فيها انما هو الابراء لا الصلح نفسه وعدم
توقف الابراء على القبول شايع مشهور لا سترة به وليس الكلام فيه فان الابراء
الصريح غير الصلح واما ثالثا فلان قوله لانه طلب البيع من غيره في تعليل
قوله بخلاف الاول قاصر عن افادة كلية المدعي وهو ركنية الايجاب و
القبول معا فيما يتعين بالتعيين فان طلب البيع من غيره لا يتمشى في كل
صورة من الصور الثلث المندرجة في الضابطة المذكورة للصلح بل انما
يتمشى في صورة واحدة منها وهي ما اذا كان الصلح عن اقرار وكان عن مال بمال
فتامل يعني انه اذا كان عن انكار او سكوت يكون من جانب المدعى عليه افتداء
لليمين وقطعا للخصومة واذا كان عن مال بمنافع يكون اجارة **اقول**
اراد بالبيع ههنا البيع اللغوي وهو معنى المعاوضة والاجارة

بيع المنافع بعوض على ما نص عليه المص واما كونه افتداء من جانب المدعى عليه
الصلح من المدعى طلبا للبيع على ان في تينك الصورتين وان كانت المعاوضة
الحقيقية من جانب المدعى الا انه يتحقق مبادلة المال بالمال من جانب المدعى
عليه ايضا كما نص عليه في الذخيرة حيث قال وعبارة بعضهم ان الصلح
عن الانكار اذا وقع الدعوى في المال معاوضة المال بزعم المدعى حقيقة
فكذلك بزعم المدعى عليه حكما لان الصلح معاوضة عن اليمين بزعم المدعى عليه
واليمين مال حكما لانها وجبت بدلا عن المال الى قوله والدليل على ان الصلح عن
الانكار في مثل هذه الصورة معاوضة المال بالمال في جانب المدعى عليه
انهما لو اختلفا في مقدار بدل الصلح او المصالح عنه يتحالفان ويرد بدل
الصلح بالعيب **قوله** وحكمه تملك المدعى للمصالح عليه منكرا كان الخصم او
مقرا اعترض عليه وقيل فيه كلام وهو ان المصالح عليه ايضا قد يكون
مما لا يحتمل التمليك كترك الدعوى فانهم صرحوا انه اذا ادعى حقا في دار
وادعى المدعى عليه حقا في ارض بيد المدعى فاصطلحا على ترك الدعوى
فانه جائز فجعل حكم الصلح في جانب المصالح عنه قسمين تملك المدعى عليه اياه
وبراءته عن دعوى المدعى وفي جانب المدعى قسما واحدا هو تملك المدعي اياه
مع جريان احتمال التمليك واحتماله في الجانبين مما لا يخلو عن تحكم فان
نوقش في المثال المذكور بان ترك الدعوى الخ **اقول** كون المصالح عليه
في الصورة التي ذكرها ولا ادعاه كل واحد منهما لا ترك الدعوى امر محقق
لا ريب فيه حتى انه قال الكاكي في بيان شرائط الصلح وكون بدل الصلح مالا معلوما
ان احتيج الى قبضه والا لا يشترط معلوميته فان من ادعى حقا في دار رجل ادعى
المدعى عليه حقا في حانوته فتصالحا على ان يترك كل واحد منهما دعواه قبل
صاحبه صح وان لم يبين كل واحد حقه لان جهالة الساقط لا يفضي الى
المنازعة انتهى فتوهم كون المصالح عليه في تلك الصورة مجرد ترك الدعوى
مما لا يليق بامثاله وان تداركه بقوله وان نوقش في المثال المذكور **اقول**
في الجواب مما ذكر من صورة القصاص ان كل واحد من المتصالحين في تلك

الصورة متبرع عليه من وجه وان كان متبرعا ايضا من وجه فكل واحد من حق
القصاص المتروك مصالح عنه من وجه فجاز ان يكون جوازه مع كونه مما لا يمكن
تملكه باعتبار كونه مصالحا عنه لا باعتبار كونه مصالحا عليه الا ترى انه
اذا جعل ترك القصاص مصالحا عليه محضا بان ادعى رجل على رجل مالا
وادعى المدعى عليه على المدعى قصاصا فتصالحا على ترك القصاص لا يجوز
على انه سيصرح الشارح فيما سيأتي ان من له القصاص يملك المحل في حق الفعل
حتى انه يجوز الاعتياض عن القصاص لذلك فيجوز ان يملك كل واحد منهما نفس
الاخر من الاخر **قوله** وان كان منكرا الخ حكمه وقوع البراءة عنه بالصلح في زعمه
لبطلان تحصيل الحاصل **اقول** مقتضى مراعاة زعم المدعى عليه في هذا
التقسيم ان يجعل مثله في المصالح عليه ايضا فان الثابت للمدعي في صورة
الصلح عن دعوى الدار ببيت منها ليس في زعم المدعي تملك البيت الذي هو مصالح
عليه لانه كان ملكا له في زعمه مع بقية الدار وانما الحاصل له بزعم المدعى
عليه الا ان يعم التملك هناك لتملك الرقبة واليد **قال** فان منع
الاطلاق لا يخفى عليك ان الاطلاق النافع لنا في هذا المقام الذي
يتوقف عليه تمام المرام هو الاطلاق بالنسبة الى الصور الثلثة ووقوع
هذا القول في سياق صلح الزوجين غير قادح لهذا الاطلاق لجواز تحقق
الصلح مع الانكار والاقرار او السكوت فيما بين الزوجين وانما قدحه
للاطلاق بالنسبة الى جميع المواد من صلح الزوجين او المتبايعين او
غير ذلك فلا حاجة الى ما ذكر في الجواب والله تعالى اعلم بالصواب **قوله**
ولانه وقع ان يصطلحا في سياق الشرط فكان مستقبلا وقوله والصلح خير كان في موضع
الحال قال سعد الافاضل جدنا الفاضل رحمه الله تعالى ان اراد ان الحكم
بالمحمول على الموضوع كائن في الحال فمسلم ولا يفيد لجواز ان يكون المحكوم عليه
هو الصلح الاستقبالي وان اراد ان الحكم على الصلح الكائن في الحال يعني نفسه
الصلح وجنسه كما في قولهم الرجل خير من المرأة فللخصم ان يمنعه انتهى **اقول**
نختار ان المراد هو الشق الاول وانه يستلزم الشق الثاني ايضا وما ذكر

في عدم افادته غير مفيد اصلا بيانه ان صيغة اسم الفاعل واسم
المفعول وامثالهما حقيقة في الحال مجاز في الاستقبال فقوله تعالى
الصلح خير يقتضي ان يتحقق الخيرية حالا والعدم قرينة صارفة له عن الحقيقة
الى المجاز والخيرية صفة اثبتت للصلح وثبوت شيء لشيء فرع ثبوت
المثبت له فاقتضى ذلك ان يكون الصلح الذي جعل موضوعا هو الصلح الكائن
في الحال نعم يصح قولنا الامر الذي يحدث غدا خير مع ان الصلح الذي جعل
موضوعا غير ثابت في الحال الا انه قوله الذي يحدث يصير هناك قرينة
صارفة من الحقيقة الى المجاز فلا يقاس هذا عليه ثم ان بعض الاجلة لم يرتض
ما ذكره سعد الافاضل ثاني شقي ترديده بقوله اعني حقيقة الصلح وجنسه
لا حيث قال الامر لتفسير الصلح الكائن في الحال بحقيقة الصلح وجنسه
اذ الصلح الكائن في الحال انما هو فرد معين من جنس الصلح لا جنسه
فانه كائن في الماضي وفي المستقبل ايضا الخ **اقول** مبنى كلام هذا
السائل عدم فهم معنى كلام الحبر الفاضل فكانه لم يحم حول الفهم والاذعان
والحالة المشتكي من عدم التامل والامعان بيانه انه لم يرد بقوله الكائن
في الحال بل اراد به الثابت في الحال فلا ينافي كينونة حقيقة الصلح
في الماضي والمستقبل ايضا ووجه تخصيص الحال بالذكر كون المقام
يقتضيه لان الترديد المذكور انما هو في كلام الشارح وهو في صدد
الاستدلال على ان الصلح المحكوم عليه بالخيرية في قوله تعالى والصلح خير هو الصلح
المذكور في قوله تعالى ان يصلحا لان المراد بالصلح الثاني هو صلح يحدث في
المستقبل غير ثابت في الحال والصلح الموصوف بالخيرية هو صلح ثابت في الحال
فلم يكن اياه فانما الذي يقتضيه المقام بيان ثبوته في الحال اذ به يخالف
الصلح الاستقبالي الذي يحدث فيما ياتي فلا غبار في كلام الحبر الفاضل
اصلا على انه ملجاء ومضطر في التفسير المذكور لان مراد الشارح بالصلح
الكائن في الحال هو حقيقة الصلح وجنسه على ما نص عليه بقوله فلم يكن اياه بل
جنسه فلما لم يرد بالصلح الكائن في الحال ذلك لا يكون الترديد موافقا للكلام

الشارح

الشارح تامل **قال** وذلك يعني بيان وجوب حمل الحلال والحرام على المعنى
المذكور صيانة عن البطلان المذكور **قوله** لكان كالصلح على غيره في البطلان
على زعمه فلا غبار في عبارة الشارح **قال** لان الصلح في العادة لا يكون
الا على بعض الحق قال الحبر الفاضل رحمه الله هذا تخصيص بالدين لظهور
عدم جريانه في العين فلا يلزم بطلان العمل به اذ لا يجوز الصلح على بعض الحق
في العين الا بالابراء عن دعوى الباقي قال بعض الاجلة الكرام هذا خال عن
التحصيل اذ لا يلزم من عدم جواز الصلح على بعض الحق في العين الا بالابراء عن
دعوى الباقي عدم جوازه على بعض الحق في العين اصلا غاية الامر ان يكون
جواز الصلح على بعض الحق في العين مشروطا بالابراء عن دعوى الباقي على انه
ليس كذلك لجواز الصلح على بعض الحق في العين بطريق آخر وهو ان يزيد درهما
اقول مبنى كلام جوابه عدم تمييزه بين خطاء الكلام وصوابه وذلك
ان مراد الحبر الفاضل ان ما ذكره الشارح غير جار في صورة الصلح على بعض الحق
عن اقرار في العين لان البعض المأخوذ كان في الاصل حلالا للآخذ وهو
المدعي وحراما على الدافع وهو المدعى عليه فلم يكن في الصلح بالنسبة اليه
تحريما للمباح وتحليلا للحرام والبعض الباقي انما يحل للمدعى عليه ويحرم
للمدعي بالابراء والابراء غير الصلح على ما سبق وما ذكره من الطريق الآخر لا يخل
بمراده فان مقصوده بيان عدم لزوم بطلان العمل بالحديث على تقدير حمل
الحرام والحلال على ما حملنا عليه وذلك يحصل بجواز العمل به في صورة الصلح
على بعض العين المدعاة بالابراء الباقي سواء كان للصلح على بعض العين صورة
لا يمكن العمل فيها بالحديث او لا نعم يكون في الحصر المستفاد من كلام الحبر الفاضل
بحث الا انه يحمل على الاضافي اي لا يصح فيما لا يزيد واشباه الا بالابراء ثم
ان في قول بعض الاجلة اذ لا يلزم من عدم جواز الصلح عن بعض الحق في العين الا بالابراء
عن دعوى الباقي عدم جوازه على بعض الحق في العين اصلا بحثا ظاهرا فان المفهوم
منه ان المفهوم للحبر الفاضل اثبات عدم جواز الصلح على بعض الحق في العين اصلا بل
المفهوم له خلاف ذلك وعكسه فان مراده على ما سبق منا الاشارة اليه بيان ان

من الصور الجائزة من الصلح ما يمكن العمل بالحديث فيه وان نحمل الحلال والحرام
في الحديث الكريم على ما حمله عليه وهو صورة الصلح على بعض الاجلة **قال**
المص لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال في حق المتعاقدين **اقول**
قوله في حق المتعاقدين متعلق بالوجود ويجوز تعلقه بالمبادلة وليس
قوله في حق المتعاقدين احترازا عن غير المتعاقدين كما ان قوله الاقالة
فسخ في حق المتعاقدين بيع في حق غيرهما كذلك بل احترازا عن احدهما فقط
كما في الصلح عن مال على مال في صورة السكوت او الانكار فانه افتداء لليمين
في حق المدعى عليه وان كان في حق المدعي معاوضة ومبادلة للمال
بالمال **قال** المص واذا صالح عن دار لا يخفى ان ذكر لفظ الدار
ههنا وفي قوله بخلاف ما اذا صالح على دار ليس الا على سبيل التمثيل
والحكم يعم جميع صور العقار دارا كان او ارضا او بيتا كما اذا كان احد
البيتين من دار لرجل والاخر لاخر او بيتان منه لرجل وبيت اخر للاخر
الى غير ذلك من الصور فصالح احد الشريكين مع رجل ادعى عليه حقا على البيت
المشترك فان للشريك الاخر ان يأخذ البيت المصالح عليه بالشفعة لكنه
ينبغي ان يقيد هذا بما عدا صورة وهي ما اذا ادعى المدعي بيتين من الدار
المشتركة من احد الشريكين فصالحه على بيت واحد منهما واتفق في طرف
الشريك الاخر اما بالحاق البراءة عن الباقي او بزيادة درهم في الصلح
على ما يجيء فانه يجب ان لا يأخذ الشريك ذلك البيت الواقع في جنب
بيته بطريق الشفعة لان اخذ المدعي في هذه الصورة للبيت المصالح
عليه ليس بطريق المعاوضة بل بطريق الاستيفاء في ملكه تبصر **قال**
المص وان كان الصلح عن اقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه
بحصته ذلك من العوض **اقول** لا يكون بعد اقراره بكون المصالح عنه
ملكا للمدعي مانعا عن استرداد ما دفع اليه في مقابلته لظهور المستحق
فانه لما كذب به الشرع ببينة المستحق لم يبق اقراره السابق معتبرا كما اذا
اشترى عبدا فباعه من اخر ثم ادعى المشتري الثاني على المشتري الاول

ان

ان بالمبيع عيبا من زمن البائع الاول فانكر المشتري الاول حيث يثبت
بالبينة فرد عليه فانه يرده على البائع الاول قال المص في تعليل تلك المسئلة
من باب فساد العيب غاية الامر انه انكر قيام العيب لكنه صار مكذبا شرعا بالقضا
ثم المفهوم مما ذكره المص ههنا ان لا يكون للمدعى عليه في صورة استحقاق بعض
من الدار المصالح عنها الا استرداد حصته من المصالح عليه والذي يقتضيه
كون الصلح في هذه الصورة بيعا هو ان يكون له استرداد كل البدل في صورة
عن الدار وما يشبهها مما يتعيب بالتبعيض ورد ما بقي في يده من الدار
المصالح عنها فان البيع كذلك في استحقاق المبيع قيل في بعض المعتبرات قبض كل
المبيع فاستحق بعضه بطل البيع في قدره فان اورث العيب في الباقي اي كان
شيئا كشيء واحد خير المشتري فيه اي في الباقي **قوله** مثل ان يقول
برئت قال صاحب النهاية فان قلت كيف صورة البراءة قلت هي ان يقول
قد برئت من هذه الدار او يقول قد برئت من دعواي في هذه الدار فهذا
جائز حتى لو ادعى بعد ذلك وجاء ببينة لا تقبل اما لو قال ابرأتك عن هذه
الدار او قال ابرأتك عن خصومتي في هذه الدار وامثاله باطل وله ان يخاصم
فيها الى هنا **اقول** بعض الاجلة اقول فيه نظر اما اولا فلانه بيان صورة
البراءة بقوله برئت من هذه الدار مع كونه غير موافق لقول المص او يلحق به
ذكر البراءة عن دعوى الباقي يدل على صحة البراءة من العين وليس كذلك لان مراده عدم
صحة الصلح عن بعض المدعى في العين بدون الحيلة في تصحيحه باحد الامرين انما هو عدم
صحة البراءة من العين والا لصح الصلح عن ذلك بان كان استيفاء لبعض الحق واسقاطا
للبعض الخ **اقول** كون قوله برئت من هذه الدار من الصور التي لا تقيد المدعي
على اقامة الشهود بعده مذكور في الذخيرة على ما عزاه اليه صاحب النهاية
حيث قال وفي المنتقى محمد بن رستم عن محمد رجل ادعى دارا في يد رجل
فصالحه المدعى عليه على نصفها وقال برئت من دعواي في النصف الثاني
او قال برئت من النصف الباقي او قال لا حق لي في الباقي ثم اقام البينة على
جميع الدار لا تقبل وقد نص عليه في الفتاوى الخانية حيث قال في فصل

براءة الغاصب المديون من كتاب الغصب رجل خاصم رجلا في دار ثم قال للمدعى
عليه قد برأتك عن هذه الدار او من خصومتي في هذه الدار او عن دعواي في هذه
الدار ذكر الناطفي ان جميع ذلك باطل وله ان يخاصمه ويقيم البينة فيانهم
ولو قال قد برئت من هذه الدار او قال برئت عن هذه الدار صح ذلك ولا حق
له فيها ولو اقام البينة لا يقبل فلا وجه لانكار صحة هذه الصورة واما
من ذهب اليه من انكار صحة البراءة عن العين محتجا بانه لو كان صحيحا لصح
الصلح عن بعض المدعى في العين ففيه ان ذكر البراءة عن العين صحيح والذى
لا يصح هو الابراء عن العين والفرق بينهما ان الابراء الذى هو في يد
المدعى هو الاسقاط وذلك مخصوص بالديون واما قوله برئت فهو اقرار بانه
ليس عليه شئ ولذلك طريق غير الاسقاط فيحمل عليه وعدم صحة الصلح على بعض المدعى
في العقار هو ان ما يتضمنه الصلح هو الابراء عن الباقي لا الاقرار بالبراءة فتامل
ثم قال بعض الاجلة واما ثانيا فلان في قوله فان قوله ابرأتك انما ابراه
عن الضمان لان الدعوى انما يتمشى في قوله ابرأتك عن هذه الدار لا في قوله
ابرأتك عن خصومتي لان الابراء عن الخصومة هو الابراء عن الدعوى **قوله**
يعني انه في الشرع لا يعتبر ابراء عن الدعوى وان كان بحسب اللغة يلزم ذلك
اذ الخصومة هو [illegible] الدعوى وما ذكره من انه في مسئلة العين لم يذكر
الا قول الآخر ابرأتك منه في خير المنح **اقول** والمنافع لانها تملك الخ قال
الجد الفاضل نقلا عن الاتقاني قال الاسبيجابي واذا اوصى لرجل بخدمة
عبده سنة وهو يخرج من ثلثه فصالحه الوارث في خدمته على دراهم او على
سكنى بيت او على خدمة عبد آخر فهو جائز والقياس ان لا يجوز لان الموصى
له بمنزلة المستعير والمستعير لا يقدر على تمليك المنفعة من احد ببدل
ولهذا لو آجر منهم لا يصح الا انا نقول ان هذا ليس بتمليك انما يتم ببدل
بل هو اسقاط حقه الذى وجب له بعقد الوصية الخ ثم قال وقال العلامة
في الكافي والصلح جائز عن دعوى المنافع بان ادعى في دار سكنى سنة وصية
من رب الدار فجحد او اقر به فصالحه الوارث على شئ جاز لانه جاز اخذ

العوض عنها بالاجارة فكذا بالصلح اسهل وانت خبير بان بين ما نقل عن الاسبيجابي
والكافي من المخالفة ولعل في جواز الاجارة روايتين انتهى واجاب عنه
بعض الاجلة حيث قال المخالفة في الفهم لا في المفهوم لان مراد صاحب الكافي
هو انه جاز اخذ العوض عن جنس المنافع بالاجارة كما اذا اجر ملكه وكذا جاز
اخذ العوض عن جنس المنافع بالصلح كما اذا اصالح عن المنفعة الموصى بها كسكنى
دار سنة مثلا وليس مراده انه كما جاز اخذ العوض عن منفعة معينة هي
سكنى دار سنة وصية من رب الدار بالاجارة كذلك جاز اخذ العوض
عن تلك المنافع بالصلح انتهى **اقول** هذا توجيه غير وجيه و
جواب بمراحل عن الصواب وذلك ان صاحب الكافي لما فسر الصلح عن دعوى
المنافع بقوله بان ادعى في دار سكنى بوصية الصلح الخ وجب ان يكون
دليله بحيث يجرى في هذه الصورة المعينة البتة ولا يخفى ان هذا
الدليل المذكور على تقدير عدم جواز اخذ العوض بمقابلة المنافع في تلك
الصورة بطريق الاجارة لا يجرى في جواز اخذ العوض بمقابلتها في تلك
الصورة المعينة بطريق الصلح ولا يجدي جواز اخذه بمقابلتها بطريق
الاجارة في صورة اخرى فانه اذا كان يقاس حال المنافع في حكم جواز
اخذ العوض بمقابلتها بطريق الصلح على جواز اخذه بمقابلتها بطريق الاجارة رد
فقياس صلح كل صورة على اجارة تلك الصورة بعينها اولى واقرب من قياس
صلحها على اجارة صور اخر وهذا مما لا سترة به اصلا ثم قال الجد الفاضل
رح ثم اعلم ان ظاهر ما ذكره الاتقاني من قوله الا انا نقول ان هذا ليس
بتمليك اياهم ببدل بل هو اسقاط حقه مخالف لما ذكر في الهداية **اقول**
يمكن ان يقال ان الاصل في المسائل الشرعية هي المسائل الثابتة على
وفاق القياس فالتعليل المذكور في كلام المص بقوله لانها تملك يكفي جريانه
في طور الصلح الصحيحة قياسا ولا يجب ان يتمشى في مسائله الوصية بالسكنى
التي كان ثبوتها على خلاف القياس على ما افصح عنه الاتقاني نفسه **قوله**
من اضيفه في الدين وهو المقتول الظاهر ان يقال وهو ولي القتيل فان

منه اذ هو العافي ولذلك فسّره به استاذنا الفاضل ابو السعود وقد
سبقه اليه العلامة ابن كمال باشا حيث قال في تفسيرهما اي من جهة
اخيه وهو ولي الدم وانما ذكره بهذه العبارة تذكيرا لما بينهما من الاخوة
الدينية والجنسية ليرق له ويعطف عليه فيتساهل الخ ولعل الشارح
انما لم يحمل الاخ على المقتول بناء على ان المذكور في الآية على هذا المعنى
صورة عفو بعض الاولياء على ما دل عليه تنكير شيء وقد افصح عنه الشارح
نفسه حيث قال بان كان للقتيل اولياء فعفى بعضهم الى آخره والتعبير
عن القاتل او المقتول وولي القتيل بالاخ وان كان شايعا سايغا الا ان
التعبير عن بعض الاولياء بالاخ من غير ان يقال بعض الاخوة بارد جدا **قال**
ومن حيث ان كل واحد منهما لا يحتمل الفسخ بالتراضي **قلت** لا بد من هذه الضميمة
لئلا يرد عليه الاجارة فانها مبادلة المال بغير المال **قوله** ولا يتوهم
لزوم العكس فانه غير لازم ولا هو ملتزم يريد ان قول المص ان ما صلح مسمى فيه
صلح الخ ههنا ضابطة والمعتبر في الضوابط الطرد لا العكس وقد ذكر ذلك
في مفتتح الوكالة وباب الفسخ من الاجارة الا انه يرد عليه ان ذلك في الضوابط
المجردة عن الامور الدالة على اعتبار وههنا جعل قوله ان ما صلح ههنا
متفرعا على كون الصلح عن دم العمد بمنزلة النكاح وكونه بمنزلته كما يقتضي
الطرد كذلك يقتضي العكس نعم كون الشيء بمنزلة الشيء الآخر لا يقتضي ان يكون
كذلك في جميع الامور الا ان الكلام في انه لا فرق في ذلك بين الطرد والعكس
ثم اعلم ان الطرد في الضوابط لازم وملتزم كالحدود بحيث لو انتقض
تصير الضابطة سقيمة واما العكس فليس في تلك المثابة الا ان الغالب
فيه ايضا الصدق نهاية الامر انه اذا علم خلافه بدليل لا يخل بصحة
الضابطة فلا ضير في الاحتياج والاستدلال بعكس الضابطة بناء على
ان الاصل الراجح عند عدم الدليل على خلافه اعتبار العكس يرشدك اليه
ان الشارح قال في مفتتح كتاب الوكالة هذه الضابطة يتبين بها ما يجوز
به الوكالة وما لا يجوز ثم قال في تلك الضابطة بعينها ان العكس غير لازم

وليس

وليس بمقصود فاندفع به اي بما ذكرنا من ان الغالب في العكس ايضا الصدق
ما ذكره بعض الاجلة معترضا على الشارح بقوله فيه بحث لان تعليلهم
عدم جواز الصلح عن دم العمد على الاشياء المذكورة بقولهم لانه لم يصلح
صداقا وكذا بدلا في الصلح منافي قولهم بان العكس ههنا غير لازم ولا ملتزم
بل اندفع به مما ذكره الجد الفاضل ايضا بقوله قال في المحيط اذا صالحه
عن دم العمد على وصيف الى قوله والمقصود قوله مالا فليتامل فان فيه مخالفة
للزيلعي لقوله عند فساد التسمية يصار الى الدية انتهى يعني ان في قوله
صاحب المحيط ما صلح مهرا في النكاح صلح بدلا في الصلح عن دم العمد وما فلا
مقتصرا عليه من غير استثناء صورة فساد التسمية مخالفة لقول المص
الا عند فساد التسمية الخ فاندفع ما اورده بعض الاجلة على الجد الفاضل
بقوله لا مخالفة فيه لقوله عند فساد التسمية يصار الى الدية **باب**
التبرع بالصلح والتوكيل لما كان تصرف المرء لنفسه اصلا قدمه على التصرف
لغيره وهو المراد بالتبرع بالصلح قال بعض الاجلة لو كان بالتبرع بالصلح
ههنا مجرد التصرف لغيره لكان قول المص والتوكيل مستدركا لتناول التبرع
بالصلح بمعنى مجرد التصرف لغيره ما حصل بالتوكيل ايضا فالحق عندي ان المراد
بالتبرع بالصلح ههنا هو الصلح عن آخر بغير امره وبالتوكيل به هو الصلح عنه
بامره وكلتا الصورتين مذكورتان في هذا الباب فيسلم ما ذكر في عنوان
الباب عن الاستدراك بقي شيء وهو ان التوكيل بالصلح فعل الموكل وهو تصرف
فيه لنفسه فلم يتم وجه التقديم الخ **اقول** لا وجه لما ذكره بعد قوله
بقي ههنا شيء وهو ان المعتبر في امثال هذا المقام كون التصرف الذي عقد
الكتاب لبيانه لنفسه او لغيره ولا شك ان صلح الوكيل في صورة التوكيل ايضا
تصرف واقع لغير المتصرف وهذا هو الباعث للتأخير والمبني بالباب هو
حال الصلح الحاصل بالتوكيل في انه هل يلزم بدل الصلح على الوكيل او على الموكل وهذا
امر لا شبهة به فالمراد مما ذكر في العنوان التبرع بالصلح والصلح الحاصل
بالتوكيل فتامل والله الهادي الى سواء السبيل ثم ما ذكره في خاتمة كلامه

من التوجيه بمراحل عن الصواب عند اولى الالباب لان التوكيل قبول الوكالة
والوكالة تفويض التصرف للغير فكيف يخطر بالبال احتمال ان يراد من التوكيل
ما هو حاصل بدون التوكيل اعني التبرع بالصلح سيما وقد عطف على التبرع
بالصلح والعطف يقتضي المغايرة قوله اى عمن وكل قلت يقتضي
هذا المعنى ان يكون العائد الى الموصول محذوفا بان يكون تقدير الكلام ما صالح
عليه عن الموكل ولا يخفى ما فيه ويجوز ان يعود الضمير المذكور الى الاسم الموصول
ويكون عن تعليلية فيكون المعنى ما صالح المدعى لاجله قوله وهذا
بظاهره يدل عليه بيان لوجه تسمية المص تقييدا وايذا (؟) بان التاويل
صرف اللفظ عن ظاهره فتامل قال المص اما اذا كان الصلح عن مال
بمال اقول هذا يشمل ما اذا ادعى رجل في دار حقا فصالحه عنه بغيره
بامره او بغير امره عن الانكار على ما قال فان هذا الصلح عن مال وبما ان (؟)
المعروض ان يكون بلى الصلح ملا سيما بالنسبة الى جانب المدعى فحمل
هذا القول على تتمة التاويل لا يجدي نفعا في اخراج تلك الصورة كما توهم
بعض الاجلة باب الصلح في الدين قال المص ولان
معنى الاسقاط فيه الزم هذا تعليل لعدم الحمل على المعاوضة في صورة كون
المائة التي جعلت بدلا للصلح حالة كما ان قوله تصحيحا للعقد تعليل لعدم
الحمل على المعاوضة انما يحتاج اليه في تصحيح العقد في صورة التاجيل اما
في صورة الحلول فلا ضير في ان يجعل المائة عوضا عن مائة دينار ويحمل
على اسقاط الالف فقط ولم ار احدا من الشراح حام حول بيان مراد المص
في هذا المقام • والحمد لله ولى الفيض والانعام قوله عاد الالف كما كان
اقول في قوله كما كان اشارة الى وجه صحة استعمال العود على هذا المعنى
مع ما يتوجه على ظاهره مع ان اليمين لم يكن ساقطا على هذا المعنى حتى يعود
وحاصل الوجه ان الدين وان لم يكن ساقطا قبل اداء الخمسمائة
غدا سقوطا كليا الا انه حصل له نوع التزلزل فانه صار بحال لو ادى
نصفه سقط النصف الاخر بهذا السبب بيقين كالمدبر فانه وان كان

رفيقا

رفيقا ومملوكا الا ان الرق فيه ناقص للتيقن بحصول الحرية له عند موت
المولى بهذا السبب فاذا مضى الغد ولم يتحقق اداء النصف الذي كان لزمه
عليه عاد الدين الى حال كان فيها والجد الفاضل رحمه الله تع كانه غافل
عن هذا حيث قال فيكون العود مجازا عن البقاء كما كان الخ فانه لا حاجة الى
اخذ البقاء في هذا التوجيه قوله حيث ذكره بكلمة المعاوضة وهي
على يعني انه جعل الاداء عوضا لانه ذكره مع كلمة على الداخلة على البراءة
فاقتضت ان يكون مدخوله عوضا عن الاداء فالاداء يكون عوضا له ايضا
فان كلا من البدلين عوض بالنسبة الى الاخر وذكر الكلام بكلمة على الدالة
على كونه معاوضة فكان كل من الاداء والابراء عوضا عن الاخر واما ما ذكره
بعض الاجلة بقوله الباقي بكلمة على في قوله حيث ذكره بكلمة على المقابلة
كما في قوله بعت هذا بهذا الخ فمما لا سداد له اصلا فان باء المقابلة
تدخل على الاعواض كما في المثال الذي ذكره ولا يخفى ان كلمة على ليس عوضا
عن اداء الخمسمائة وكانه ظن ان المقابلة التي تذكر في معنى المعين
ما يعم المقابلة المحسوسة ولا يبعد تجويزه ان يقال بنيت دارا بباد (؟)
فلان بمعنى ان داري مقابل لداره وواقع بحاذاها قوله والاداء
مستحق عليه لم تستفد به شيء قال الجد الفاضل ثم قوله والاداء مستحق
عليه معناه في كل وقت قلت احترازا عما اذا كان الدين مؤجلا
فانه يستفيد الدائن بابرائه عن النصف على خمسمائة حالة تعجيل النصف
فان اداء تلك الخمسمائة المصالح عليها وان كان مستحقا على المديون
في تلك الصورة لكنه لم يكن مستحقا عليه غدا مثلا فيكون معاوضة فتبطل
اقول كان الاولى ان يقال لم يستفد به شيئا مسندا الضمير لم يستفد
الى الدائن فانه الذي لم يستفد شيئا في هذه الصورة واما المديون
فهو استفاد البراءة وفي صيغة المجهول ايهام التعميم قال واما الان
مثل هذا الشرط في الصلح متعارف قلت مبنى كلامه على ارجاع الضمير
الى هذا الشرط المدلول عليه بسياق هذا الكلام ويمكن عندي ان يرجع

الكون على الشرط فيرجع الكلام الى ان على وان كانت حقيقة في المعاوضة
لكنه في معنى الشرط مجاز متعارف والمجاز المتعارف اولى من الحقيقة وهذا
وان لم يتم بالنسبة الى ابي حنيفة لكنه يمشي على مذهب محمد كما حقق
في الاصول فيكون احد الدليلين ناظرا اليهما والآخر لاحدهما ولا غبار فيه
قال فلا يثبت الاطلاق بالشك فافترقا قال بعض الاجلة فيه بحث
لان هذا وان افاد الفرق بين الوجهين الا انه ينافي ما تقرر في التعليل
المذكور من قبل ابي حنيفة رحمه ومحمد في الوصل الاول لانه كما لا يثبت
الاطلاق بالشك لا يثبت الشرط به ايضا فلزم ان لا يثبت تقييد الابراء
بالشرط في ذلك الوصل اذ لم يثبت به تقييده به اولا هناك كما يثبت المطلق فيه
اولا في الوجه الثالث حتى لا يزول بالشك الخ **اقول** ليس الكلام في البقاء
الابراء على اصله اذ لا وجه له اصلا فلذلك لم يقل به احد فاذا دار
الامر بين الشرط والمعاوضة يحمل على الشرط لانه الاقل المتيقن فان في الحمل
على ان على المعاوضة اثبات البراءة من اول الامر لعدم صلاحية اداء
البعض لان يكون عوضا على ما سبق وفي حملها على الشرط تاخير البراءة الى حال الاداء
وفي حالة الشك يثبت الاقل لتيقنه وليس فيه رفض الاصل المذكور
وهو عدم ازالة الشك اليقين بل اعمال له ما امكن فانه لما دار الامر
بين الاحتمالين لم نقل بزوال الدين المتيقن بل ابقيناه حال الاداء وهو اعلم
بالصواب

باب الصلح في الدين المشترك

قوله واذا ظهرت المقاصة اندفع ما يتوهم من قسمة الدين قبل القبض / عرض
عليه بان في تحريره قصورا فانه فرع اندفاع قسمة الدين قبل القبض
على ظهور المقاصة مع ان ذلك التوهم انما نشا من المقاصة اذ لو
لم يتحقق المقاصة للزم الاشتراك في الثوب المقبوض فلا يتوهم القسمة
قبل القبض الخ **اقول** توهم قسمة الدين في هذا المقام يتحقق في اضافة
احد الشريكين الشراء الى حصته من الدين الثابت في ذمة البايع
والتوهم مندفع وترتب الحكم الشرعي على هذه الاضافة من جهة تملك المشتري
المبيع

المبيع بهذه الاضافة وسقوط حصة المشتري من الدين من ذمة البايع وهذا
التوهم يندفع بظهور ان الاضافة وان كانت صورة الى الحصة الا ان السبب
للتملك هو ثبوت في ذمة المشتري وسقوط الحصة من ذمة البايع بسبب المقاصة
بين ذينك الدينين والذي ذكره صاحب العناية هذا التوهم فتامل ويخطر
بالبال في دفع لزوم قسمة الدين قبل القبض بالمقاصة ان يقال المقاصة
عبارة عن سقوط كل من الدينين بمقابلة الآخر والقسمة لا يلحق في صورة السقوط
على ما يجيء حيث قالوا اجيب بان القسمة تقتضي وجود النصيبين وليس ذلك
في صورة الابراء بوجودهم قال المعترض المذكور ثم اقول لا احتياج عندي ههنا
الى التشبث بجواز القسمة قبل القبض ضمنا اذ لا وجه للتوهم المذكور اصلا
لانه ان لم يكن للشريك الساكت سبيل على الثوب في البيع كان له سبيل على المشتري فاه
من الدين المشترك بالمقاصة حيث قال كان له ان يضمنه نصفه وهو ربع
الدين فلا مجال لتوهم قسمة الدين قبل القبض الخ **اقول** منشاؤه الغفول
عن تحقيق المقام فان ثبوت السبيل للشريك الساكت على القابض يقتضي بنصف
النصف الذي قبضه بالمقاصة وهو ربع الدين ليس من حيث ان النصف
الثابت من ذلك النصف الذي قبضه بالمقاصة المقبوض حق للساكت بعد
غير مفروض حتى يرد انه دليل على عدم القسمة بل من حيث انه بجملته وان كان حقا
خالصا للقابض غير مخلوط بحصة الساكت الا ان للساكت ان يكون شريكا
فيه ويملك نصفه لما سبق من التحقيق الذي ذكره المص بقوله ولكنه قبل المشاركة
باق على ملك القابض لان العين غير الدين حقيقة الخ يرشدك الى ما قلنا
ما ذكره المص فيما سياتي حيث قال وللساكت ان يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا
لان حقه في ذمته باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق
المشاركة فله ان لا يشاركه انتهى ولا يذهب عليك ان التقسيم يحصل بنفس
امتياز نصيب كل منهما وعدم كون بعض ما قبضه القابض حقا للساكت واما
ثبوت حق المشاركة والتملك فلا يقدح في التقسيم الا ترى ان رجلا لو مات
فترك دارا وابنين فاقتسما تلك الدار ثم باع احدهما نصيبه لآخر

كان لجاره ان يتملك نصيبه بطريق الشفعة فتدبر **قال** المص
وللشريك ان يتبع الغريم في جميع ماذكرنا لان حقه في ذمته باق اعترض
عليه بعض الاجلة حيث قال فيه كلام وهو انه ان كان حق الشريك
الساكت باقيا في ذمته الغريم وكان ما استوفاه القابض نصيب نفسه
حقيقة كان ثبوت حق المشاركة للساكت فيما استوفاه القابض مشكلا
غير معقول المعنى **اقول** كانه غافل عما اشار اليه المص من وجهه بقوله
لانه ازداد بالقبض اذ ماليه الدين باعتبار عاقبة القبض فتامل **قوله**
لئلا ينقلب اله ما عليه يعني انما ثبت للساكت حق المشاركة مع القابض
مع كون ما استوفاه القابض حق نفسه بمجرد النظر والمرحمة للساكت فلو جعل
ثبوت حق المشاركة له سببا لسقوط نصيبه من ذمة غريمه لكان ما فرضناه
نظرا ونعمة ضررا ونقمة لجواز ان يكون استيفاء نصيبه من غريمه اهون
عليه من استيفائه من القابض فالنظر في ثبوت الخيار والضرر في تعيين
المشاركة لا في نفس ثبوت حق الشركة حتى يتجه عليه ما توهمه بعض الاجلة حيث
قال فيه نظر لانه يستلزم ان لا يثبت له حق المشاركة اصلا بل يتعين عدم
المشاركة وهذا ظاهر لزوما وبطلانا ولعل هذا في قوله وهذا ظاهر بطلانا
اشارة الى كلامه **اقول** وللقائل ان يقول بتأخير البعض هل يتميز احد
النصيبين الخ الصحيح في الجواب ان يقال معنى قوله لا امتياز احد النصيبين
انه يلزم على تقدير صحة تأخير نصيبه ان يمتاز احد النصيبين عن الآخر
امتيازا في الحكم الشرعي بمعنى ان حكم احد النصيبين الحلول وحكم النصيب
الاخر التأجيل ومعنى قوله وذلك لا يتميز ان التمييز الحكمي السابق ذكره ممنوع
بالتمييز الحقيقي النفسي الامري بمعنى انه لا يتميز احد الامرين عن الآخر في الحكم
الا اذا كان متميزا في نفس الامر فلما لم يكن تميز احدهما عن الآخر حقيقة لم يكن
تميزه عنه حكما **قال** المص رحمه الله متبرعين **اقول** احترازا عن
القضاء بطريق القرض كما يجئ في الصورة الثالثة فالتبرع بمعنى اداء المال
بلا عوض يجب في مقابلته كما في القرض فان القرض وان كان عارية ابتداء

الا انه

الا انه معاوضة انتهاء على ما نص عليه الشارح قبل باب الربوا ولا يخفى ان
تعجيلهم قضاء حصة المصالح تبرع محض سواء فرض ان يأخذوا ما قضوا من
الغرماء او لا فان الرجوع انما يكون بسبب احد المصالح لا بنفس القضاء فقضاؤهم
لا يخرج عن كونه تبرعا بالحوالة المتحققة بعده فلا يرد عليه ما اورده الجد
الفاضل على قول الشراح وفي الوجه الثاني لزوم النقد عليهم بمقابلة الدين
الذي هو نسيئة حيث قال هذا هو الحق لا ما في سائر الشروح من لزوم النقد
بالنسيئة في الصورة الثانية اذ لا نسيئة عند التبرع انتهى فانه يجوز
الاحتمال على ما ذكرنا فان الاعتبار يكون في قضاء بقية الورثة حصة المصالح
من مالهم لا في عقد المعاوضة والنسيئة يكون بتحقق الحوالة بين المصالح
وبقية الورثة هذا هو الحق ولا حاجة في التعميم الى ما ذكره بعض الاجلة بقوله
وقد يكون في نقده وتعجيله بان يعطيه في الحال عند عدم وجوب اعطائه
عاجلا عليه انتهى ولا يخفى ان فيما نحن فيه لا يجب على بقية الورثة اداء
حصة المصالح لا عاجلا ولا آجلا تامل **قوله** اما في الوجه الاول
فان بقية الورثة لا يمكنهم الرجوع على الغرماء لقائل ان يقول لا يمكنهم
الرجوع على الغرماء بحصتهم من الدين او بحصة المصالح والاول مم والثاني
مسلم الا انه لا يقتضي الضرر للورثة فان تلك الحصة لم يكن لهم حتى
يتضرروا بعدم قدرتهم على اخذها ان قيل نعم هو حصة المصالح لا حصة
بقية الورثة الا ان الورثة انما بذلوا بدل الصلح ليسلم لهم حصة المصالح
ايضا فاذا سقطت يتضررون به قلت جاز ان يكون بدل ذلك لهم ليسلم
لهم حصته من العين فلا ضرر اصلا فليتأمل **قوله** وفي الوجه الثاني
لزوم النقد عليهم بمقابلة الدين الذي هو نسيئة **قلت** الظاهر
ان المراد بالنسيئة ان يحيل المصالح الورثة على استيفاء نصيبه من الغرماء
ثم لا فرق بين هذه الصورة والصورة التي احتملها المص وعدها سالمة
عن الضرر في لزوم هذه المضرة فالصواب ان يضم الجهل الى الضرر بان يقال
ان في الصورة الثانية يحتمل ان لا يقدر بقية الورثة على استيفاء

للحصة التي قصوها من الغرماء لموتهم مفلسين او غير ذلك فلا يمكن لهم الرجوع
على المصالح ايضا لكون قضائهم بطريق التبرع وفي الصورة الثالثة ان تعذر
عليهم استيفاؤها فانهم يرجعون على المصالح لكون قضائهم بطريق القرض
والله اعلم بالصواب **كتاب المضاربة** لا يذهب عليك
ان الاولى ذكر هذا الكتاب عند كتاب الشركة او الوديعة او العارية
او الوكالة والاجارة لما ستطلع عليه من مناسبة المضاربة بالامور المذ كورة
فتدبر **قوله** وفي الاصطلاح اعترض عليه بعض الاجلة حيث قال فيه
قصور اذ الظاهر ان المضاربة في الشريعة ليست نفس الدفع المذكور بل هي
عقد يحصل قبل ذلك الدفع او معه **قلت** الدفع يعم الفعلي والقولي
والظاهر انه اراد بالدفع القولي وقد صرح المص نفسه بان الدفع
مضاربة حيث قال لان الدفع الى الثاني مضاربة قد صح فاندفع ما ذكره
والامر في امثاله سهل وقيل عبارة عن عقد الشركة بمال من احد الجانبين
والعمل من الجانب الآخر انتهى ولا يخفى انه يعم المزارعة والمساقاة وامثالهما
قال وهي مشروعة للحاجة اليها **اقول** اشار بهذا التعبير الى انها
شرعت على خلاف القياس استحسانا لحاجة الناس وانما يأبى القياس عنه
بناء على انها شرعت على وجه يتضمن الوكالة بالمجهول ولغير ذلك على ما اشار
اليه المص حيث قال في كتاب الشركة وهذه الشركة جائزة استحسانا وفي القياس
لا يجوز وجه القياس انها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس ووجه الاستحسان
والجهالة متحملة تبعا كما في المضاربة وقال الاتقاني قال شيخ الاسلام
علاء الدين الاسبيجابي والقياس ان يكون عقد المضاربة فاسدا لانه
في الحقيقة استئجار العامل بمجهول او معدوم على عمل مجهول وقال الكرخي
في مفتتح كتاب المزارعة كانه تمسك بالدلالة والا فالمضاربة جوزت
بخلاف القياس لانه في معنى قفيز الطحان وقد صرح به في التبيين حيث قال
واذا انتفت الشركة في الربح فيقتصر على مورد النص والشيخ الشارح كانه
غفل عن هذا وظن ان هذا اشارة الى ما هو سبب المعاملات ثم انه لم يستدل

على

على مشروعيتها بالكتاب كما فعله بعض الشراح بناء على انه لا دلالة في تلك الآية
الكريمة على مشروعية ابتغاء الفضل بهذا العقد المخصوص كما لا يخفى **قوله**
وشروطها نوعان صحيحة الخ **اقول** ظاهر ما فعله الشارح في هذا المقام
مما يتحير فيه اولو الاحلام فان العادة الجارية بين الاسلاف من العلماء
الاشراف ان يذكروا في فواتح الكتب عند ذكر معنى اللغوي والشرعي والاسباب
والاحكام والاركان الشرائط الحقيقية الشرعية التي يتوقف تحقق الما هيات
الشرعية على تحققها كالطهارة للصلوة والتكليف لعامة العبادات
والعقود لا الشرائط الجعلية النحوية التي يذكرها العاقد بادات الشرط
كان واذا وما ذكره من الشروط المتنوعة للنوعين الآتي ذكرها في هذا الكتاب
من قبيل الثاني والشرائط التي يليق ذكرها في هذا المقام هو كون رأس المال
ما يصح فيه الشركة وامثال ذلك والذي يمكن ان يصار اليه في التوجيه ان
الشرط النحوي الجعلي وقع شرطا حقيقيا لهذا العقد فان صحة هذا العقد
يتوقف على ان يشترط الشركة في الربح بينهما على ما يرشدك اليه ما اجيب به عن
الاعتراض الذي اورد على تعريف صاحب الكافي للمضاربة بقوله شركة
في الربح بمال من جانب وعمل من جانب حيث قيل فيه الشركة في الربح ليس بلازم
لعقد المضاربة اذ العقد قبل الربح مضاربة وليس هناك شركة في الربح
اجيب بانه اراد ان المضاربة اشتراط في الربح ما يكون في احد الجا نبين
مال والربح وان كان لا يلزم المضاربة فاشتراطه لازم لها الى قوله لانه
لو لم يشترط الشركة في الربح فان جعل كله للمضارب كان قرضا وان جعل
لرب المال كان بضاعة انتهى وفي كلام الشارح ايضا اشارة اليه حيث
قال في تعريفه وفي الاصطلاح ان يدفع المال الى من يتصرف فيه ليكون
الربح بينهما على ما شرطا واعترض بعض الاجلة الكرام على هذا الكلام بوجه
آخر حيث قال فيه قصور فان الشروط الفاسدة ايضا نوعان نوع يفسد
العقد ايضا ونوع يفسد في نفسه ويبقى العقد صحيحا نص عليه ههنا
وسيأتي التنصيص به في الكتاب وعبارة العناية يشعر بانحصار الشروط

الفاسدة في النوع الثاني فكانت قاصرة **اقول** يمكن الجواب عن
هذا الكلام بان المضاربة معدودة في المعتبرات من العقود التي
تفسد بالشروط الفاسدة فكيف يحتمل ان يكون بعض الشروط مفسدة نعم
يفسد فيما اذا شرط بعض امور ذكر لا لانه شرط بل لشيء اخر يرشدك الى هذا
ما ذكره البزازي في مفتتح كتاب المضاربة من فتاواه حيث قال ولا يبطل
بالشروط الفاسدة ولو شرط من الربح عشرة دراهم نفسد لا لانه شرط بل
لقطع الشركة وانت خبير بان شرط عشرة دراهم من جملة الشروط التي
ذكرها المعترض المذكور وقال انها تفسد المضاربة فاذا عرفت حاله وكيفية
افساده تطلع على حقيقة الحال **قوله** وحكمها الوكالة عند الدفع
اعترض عليه بعض الاجلة حيث قال فيه خلل اما اولا فلان حكمها
عند الدفع هو الايداع وانما الوكالة حكمها عند التصرف والعمل كما نص
عليه في كثير من المعتبرات حتى المتون واما ثانيا فلانه لم يذكر الايداع عند بيان
حكمها وهو حكم لها ايضا **اقول** دفع كل من الاعتراضين على طرف التمام
بحمد الله ولي الجود والانعام اما الاول فلان الوكالة تتحقق عند الدفع
نهاية الامر انه لما لم يظهر اثره قبل العمل قال بعضهم انه وكالة عند العمل
يرشدك الى ما ذكره الدهلوي حيث قال وفي الكافي فالمضارب امين
ووكيل عند الشروع في العمل والظاهر انه وكيل بتسليم المال اليه كما نص
عليه الشارح حيث قال وحكم المضاربة صيرورة المضارب وكيلا بعد
تسليم رأس المال اليه ولكن اثر التوكيل لما لم يظهر الا عند الشروع في العمل
جعله وكيلا عنده ويؤيده انه قال المص وهو وكيل فيه واذا ربح فهو
شريك فيه انتهى حيث جعله على الربح الشركة دون الوكالة ويمكن ايضا
ان يقال انما لم يجعل المضاربة متضمنة للايداع اولا والوكالة عند
العمل بل جعله وكالة ابتداء بناء على ان الكلام في تضمين المضاربة
والمضاربة لا يتقرر امرها الا عند العمل على ظاهر المذهب كما يجيء في باب
المضارب يضارب فعلى هذا يوافق ايضا بين ما ذكره الشارح وما ذكره

فيما

فيما سيجيء بقوله لان المضاربة تضمنت الامانة اولا والوكالة ثانيا وليس
للمودع والوكيل الايداع والتوكيل والمعترض غافل عن هذا التدافع الظاهري
حيث لم يتعرض له ههنا مع كمال حرصه على امثاله واما الثاني فلان المراد
من القول بكون المضاربة ايداعا عند الدفع ليس الا صيرورة المال امانة
بيده ولا يذهب على ذي مسكة ان كون المال امانة كما يكون بالايداع كذلك
يكون بالوكالة اذ المال امانة بيد الوكيل فعلى القول بثبوت الوكالة من حين
الدفع لا يحتاج الى اثبات الايداع وفيه ما فيه **قوله** يعني انه يشتمل
على التوكيل والاجارة اعترض عليه بعض الاجلة حيث فيه بحث اما اولا
فلان المضاربة ما لم تفسد لا تصير اجارة بالتراضي كما صرح به وقد سبق
في الكتاب والمدعي ههنا صحة عقد المضاربة في الصورة المذكورة والمضاربة دبة
الصحيحة لا تشتمل على الاجارة اصلا بل تنافيها الى اخر ما ذكره من الابحاث
الثلثة **اقول** في جميع ما ذكره بحث اما في الاول فلان مبناه عدم
الفرق بين الوجود والظهور وهذا الامر من اعاجيب الامور ومن لم يجعل الله
له نورا فما له من نور بيانه ان المضاربة يشتمل على الاجارة قبل فسادها
نهاية الامر انه لا يظهر اثر ذلك الاشتمال الا عند الفساد حيث يجب اجر المثل كما يجب
ذلك في الفساد من الاجارة يرشدك اليه عبارة الظهور الواقعة في كلام المص وايضا
قال العلامة السرخسي في محيطه في فصل الاستدلال على شرعية المضاربة ولان
المضاربة مشتملة على الوكالة والشركة والاجارة لانه وكيل عن رب المال بالشراء
وشريك له في الربح ورب المال استاجره ليعمل له ببعض ما يستفاد من الربح فيكون
ما شرط من الربح كالاجرة على عمله ولهذا اذا فسدت المضاربة ظهر معنى الاجارة حتى
استوجب اجر المثل وكل ذلك جائز واما الثاني فوجوه قصورة غنية عن البيان
عند اصحاب الاذعان واما الثالث فلان الوكالة شرعا مشترك بين العقد
المركب من الايجاب والقبول والمعنى المصدري القائم بالوكيل فالذي عد حكما
للمضاربة هو المعنى الثاني والذي عد جزءا للمضاربة هو المعنى الاول ثم
قال ذكر الحبر الفاضل بقي لي بحث قوي في هذا المقام وهو انهم اتفقوا على ان المضاربة

ايداع وتوكيل عند العمل وشركة بعد الربح الخ **اقول** لا ينبغي على ذي مسكة ان
هذا البحث ليس بشيء بناء على ان اتفاقهم انما وقع على كون المضاربة شركة
بعد الربح والكلام ههنا في ابتداء انعقاد المضاربة **قوله** لان عند ابي ح
لا يصح هذا التوكيل على ما مر في الوكالة **اقول** يرد عليه ان عدم صحة الوكالة
عند انفرادها لا يستلزم عدم صحتها اذا كان في ضمن المضاربة الا ترى ان
كل صورة من صور المضاربة يشتمل على دلالة لو كانت منفردة لكانت فاسدة لجها لة
الموكل به على ما ذكرناه في صدر الكتاب ولم يقل احد بما نعه فساد الوكالة هناك
اللهم الا ان يقال الوكالة التي جوزوها مع مجهولية الموكل به هي الوكالة
الداخلة تحت المضاربة الكائنة بعدها بخلاف الوكالة ههنا فان المضاربة
غير مشتملة على هذه الوكالة بل هو موقوفة على شراء الاسباب بمقتضى تلك الوكالة
فعلى هذا لا يمشي التعليل الذي ذكره الجد الفاضل بقوله انه اظهر بناء على الو كالة
المذكورة لا يكون جزءا من المضاربة داخلا فيها حتى يكون فسادها مفسدا
للبراءة **قال** فان شرط زيادة عشرة قال بعض الاجلة ذهب عامة
الشراح الى ان هذا تفسير للمسئلة المذكورة الى قوله فكيف يكون احد
المتخالفين في الحكم مفسرا للآخر **اقول** مرادهم من كونها تفسيرا لها انها
لما كانت صورة من صورها ومثالا من امثلتها كانت ايضاحا لها ثم ان وجوب
اجر المثل امر لازم للفساد فكيف يكون فساد اجر المضاربة ووجوب اجر المثل
امرين متخالفين **قوله** تلفت بالعقد **قلت** انما قيد بهذا بناء
على ان منافع الغصب لا تضمن كما سيأتي **قوله** ما وراء العشرة المشروطة
قال الجد الفاضل في القاموس وراء مثلثة مهموز لا معتل ووهم الجوهري
ويكون بمعنى خلف واما ضد ويؤنث انتهى فوراء ههنا بمعنى القدام **اقول**
فيه بحث اما اولا فلان الذي يتمشى في هذا المقام كون الوراء بمعنى القدام
لا غير فلا يظهر وجه الاطناب المفضي الى الاسهاب واما ثانيا فلانه نقل
ما في القاموس من غير نكير فكان دليل الرضا وفيه شيء وهو ان كون الوراء من
الاضداد دخيل لانه موضوع بمعنى الخلف الا ان كل قدام خلف باعتبار يرشدك

اليه

اليه انه قال الراغب ويقال في اي جانب من الجدار وراءه باعتبار الذي
في الجانب الآخر فليتأمل **قوله** اجيب بان العقد الفاسد انما يعتبر
اي انما يجب اعتباره بدا اذا كان كذلك واما اذا لم يكن فلا يجب بل قد وقد
لا يجب ما ذكره بعض الاجلة حيث قال مقتضى هذا الجواب ان لا يجوز اعتبار
المضاربة الفاسدة الخ **قوله** تنعقد شركة لا اجارة قال الجد الفاضل رحمه الله
يخالفه ما ذكره من ان عقد المضاربة مشتمل على التوكيل والمضاربة اجاب
عنه الجد الفاضل حيث قال انما يخالف ذلك ان لو كان مراده بما ذكره ان
عقد المضاربة حال صحته يشتمل على التوكيل والاجارة معا واما اذا كان
مراده بذلك ان عقد المضاربة يشتمل على التوكيل حال صحته وعلى الاجارة
بعد فساده فلا مخالفة بين كلاميه **اقول** كيف يجوز ان يكون مراد هما
الاحتمال الثاني وهما انما ذكرا ذلك فيما سبق تعليلا لصحة المضاربة
المضافة الى تخليص الدين الذي على الغير او بيع الاسباب وهو يحتمل ان يعلل
صحة اضافة عقد الى المستقبل بتضمنه بعد فساده ما يصح اضافته ثم
ان المخالفة المذكورة يمكن ان يدفع بان يقال المراد من انعقاد المضاربة
الصحيحة شركة لا اجارة انه لا يظهر فيها حال انعقادها الى زمن فسا دها
احكام الاجارة بل يظهر احكام الشركة ويؤيده ما ذكره العلامة السرخسي
في محيطه حيث قال ان معنى الاجارة في المزارعة ارجح واظهر ولهذا لا يصح
المزارعة الا ببيان المدة ويجبر العامل على العمل والعبرة للراجح فيعتبر
اجارة ومعنى الاجارة في المضاربة اخفى واستر ومعنى الشركة فيها ارجح
ولهذا تصح من غير توقيت ولا يجبر المضارب على العمل ولا يبطل بالشروط
الفاسدة انتهى بقي ههنا شيء وهو ان ما ذكره ههنا في الجواب من كون
المضاربة الصحيحة تنعقد شركة يقتضي ان يكون المضاربة آن انعقا دها
شركة ففي المخالفة مخالفة ظاهرة لما تقرر فيما سبق من ان المضاربة انما يكون
شركة بعد حصول الربح فاذا يحتاج الى الجواب الذي ذكرناه غير مرة من ان
المراد بكونها شركة عند الربح ان ظهورها عنده لكنه يأباه ان الشارح

قال فيما سبق انه وكالة ولم يقيده بالمباشرة ثم قيد كونه شركة لما بعد
الربح وكذا المصنف لو كان كونه شركة ايضا ككونه وكالة ككونه بيت آن
الاتحاد لكان الوجه ان ينضمه في سلك واحد فتدبر **قوله** وهذا
التعليل يشير الى ان المضارب الخ قال الجد الفاضل رحمه الله في وجه
الاشارة خفاء لا يخفى فتأمل **اقول** لعل وجه الاشارة ان عدم الضمان
في هذه الصورة مما اجمع عليه الائمة الثلثة رحمهم الله تعالى اذ الكلام
على قول الهند واني فينبغي ان يكون التعليل ايضا اتفاقيا والاجير
الذي لا يكون المال مضمونا بيده بالاتفاق هو اجير الواحد فان الاجير
المشترك ضامن عندهما فعلم ان المضارب اجير لا مشترك ولكن الحق ان
تعليل عدم الضمان بكون المضارب امينا لا يتمشى الا عنده وان كان
حكم الضمان حكما جاريا على قولهما ايضا اذ المضارب بمنزلة الاجير المشترك
عند التحقيق لا اجير الواحد وما ذكره الشيخ الشارح رحمه الله لجعله اجير
واحد فمع انه تكلف بارد وتعسف شارد لا يجدي نفعا على ما اشار اليه
الجد الفاضل حيث امر بالتاويل وواضحه بعض الاجلة فالوجه على رأيهما
في تعليل عدم ما ذكره العلامة السرخسي حيث قال وذكر الفقيه ابو جعفر
انه لا يضمن بالاتفاق والفرق ان المضاربة متى فسدت فهي اجارة معنى
مضاربة لفظا فيجب العمل باللفظ والمعنى جميعا كالهبة بشرط العوض
فعملنا بمعنى الاجارة واوجبنا اجر المثل وعملنا بلفظ المضاربة وجعلنا
المال امانة عنده لان قضية لفظ المضاربة كون المال امانة عنده
بخلاف الاجارة الفاسدة لانها اجارة لفظا ومعنى فكان اجيرا مشتركا
حقيقة انتهى وهذا وجه حسن صحيح الا ان يقال توفيه حق السهو
كان يحصل بالعكس بان يراعى جهة لفظ المضاربة فلا يجب اجر المثل
ويراعى جهة الاجارة فيكون اجيرا مشتركا فيكون المال مضمونا عنده وجوابه
ظاهر **قوله** لك نصف الربح او ثلثه اذا لم يرد العمل ايضا اما اذا قال
ان اشتريت بها حنطة فلك النصف من الربح وان اشتريت الدقيق فلك

الثلث

الثلث جاز **قوله** فكانت حصة العمل مجهولة قال الجد الفاضل رحمه الله
فان قيل هذه جهالة لا تفضي الى النزاع فينبغي ان لا يكون مفسدة قلت لعل
افسادها من حيث جواز ان لا يحصل له من الربح الا قدر اجرة الدار او حصة
من الربح فهذا معنى قوله حصة مجهولة فالحاصل ان ليس المراد من المجهولية المعلل بها
فساد تلك الصورة مجهولية مقدار ما يقابل العمل من النصف الشايع التي شرط للمضارب
بل الجهالة الكائنة في ان الجزء الشايع المشروط هل هو في مقابلة الدار او الارض
او هو في مقابلة عمل المضارب فانه على الاحتمال الثاني يكون الربح كله لرب
المال فيفسد الشركة على هذا الاحتمال كما يفسد في صورة الدراهم لاحتمال
ان لا يربح الا ذلك القدر فعلى هذا لا يرد على الجواب المذكور ان يقال كيف
يصح قوله من حيث جواز ان لا يحصل له من الربح الا قدر اجرة الدار او الارض
والمفروض ان يكون المشروط للمضارب جزءا شايعا اذ لو كان المشروط معينا
يكون الفساد لذلك فيرجع الى الصورة السالفة فاذا كان شايعا لا يكون
قدر اجرة الدار معينا فلا يحتمل ان لا يحصل الا ذلك القدر نعم لو قال لكان قوله
المذكور من حيث جواز ان يكون الحاصل له من الربح اجرة الدار كاجرة العمل
لكان اصوب بقي في الجواب المذكور بحث وهو انه اذا اريد الامر بين ان
يكون المشروط بمقابلة عمل المضارب وان يكون اجرة لداره او ارضه ينبغي
ان يحمل على انه كله في مقابلة العمل والدار والارض استعارة تصحيحا لعقد
المضاربة لتوقفه على الشركة في الربح الا ترى انهم جعلوا الالف المنقود
في صورة اشتراء جارية في عنقها طوق فضة يساوي الفا بالفين وبالالف
في المجلس مقابلا للطوق تصحيحا لعقد الطرف **قوله** قيل اشتراط العمل على
رب المال لا يوجب جهالة في الربح اجاب عن هذا السؤال صاحب النهاية بوجه غير
ما ذكره الشيخ الشارح حيث قال يحتمل ان يريد بقوله وغير ذلك من الشروط الفاسدة
لا يفسدها الشرط الذي لا يمنع لموجب العقد واما اذا كان شرطا يمنع موجب العقد
يفسد العقد لان العقد انما شرع لاثبات موجبه اعترض عليه بعض الاجلة حيث
قال هذا الجواب لا يجدي نفعا لان كون المراد بقوله وغير ذلك الشرط الذي

لا يمنع موجب العقد مع انه مجرد احتمال لا يدل عليه اللفظ المذكور لعمري انه
مفسد لما هو المقصود في هذا المقام اذ المقصود ههنا بيان اصل ينضبط به
احوال الشروط الفاسدة في باب المضاربة فعلى تقدير ان يكون المراد بقوله وغير
ذلك الشرط الذي لا يمنع موجب العقد يكون الشرط الذي يمنع موجب العقد
ولا يوجب الجهالة في الربح خارجا عن قسمي هذا الاصل **اقول** جاز ان
يكون قول المص كاشتراط الوضيعة على المضارب اشارة الى التقييد المذكور
فان اشتراط الوضيعة ليس مما يمنع موجب العقد فيكون في اللفظ دلالة عليه
وما ذكره من لزوم عدم الانضباط مدفوع لان ذلك القسم اعني ما يمنع موجب العقد
ولا يوجب جهالة في الربح مذكور بقوله بعد هذا وشرط العمل على رب المال مفسد
غاية الامر انه قدم عليه قوله ولان يكون المال توطئة لذكر افساده **قال**
لان يد المالك ثابتة فيه اي مبناه على ان يكون للتصرف يد وقد ذكر الشيخ
الشارح في كتاب الرهن للصبي فراجعه **قال** المراد ما لا يكون مفسدا
قال البعض لاجله فسر الشارح المضاربة ههنا بان لا يكون مقيدة بزمان
ولا مكان **اقول** هذا تقصير لانها اذا لم تكن مقيدة بزمان ولا مكان
ولكن كانت مقيدة بالسلعة او كانت مقيدة بالمعاملة بفلان بعينه الى وقال
فيما نقل عنه كصاحب النهاية وصاحب غاية البيان وصاحب معراج الدراية وصاحب
العناية والشارح العيني **اقول** ايراد هذا الاعتراض على صاحب العناية مما لا
وجه له اصلا فانه لم يرد عدم التقييد بهما فقط بل اراد عدم التقييد بامثالهما
ايضا الا ترى الى قوله نحو هذا الالف مضاربة ولم يزد **قوله** لان المضاربة
تضمنت الامانة والتوكيل ثانيا يحتمل كلامه معنيين الاول ان المضاربة
تتضمن عقدين كل منهما لا يتضمن مثله فلو تضمن المضاربة مثله لكان يخالف
الكل الجزء والثاني ان العقود المذكورة نقضا للدليل المذكور في الكتاب
من الكتابة والاجارة والاعارة وان تضمنت امثالها بحسب الظاهر الا ان العقود
التي تتضمنها المضاربة لا يتضمن امثالها كالامانة والوكالة والاحتمال
الاول هو المتبادر الا انه يتجه عليه انه بحث مستقل لا مناسبة بما ذكر

في

أنه لا يبيعه

في الكتاب بخلاف المعنى الثاني فانه حينئذ يكون تأييدا لما ذكر في الكتاب ببيان
ان بعض العقود لم تتضمن امثالها ويتضح حينئذ معنى قوله والجواب عن البواقي سيجيء
حيث يراد من البواقي ما عدا عقد الامانة اي الوديعة والوكالة ولا يتجه ما ذكره
الجلبي الفاضل رحمه الله بقوله من ان مواد النقض بين الجواب الى تدبر **كتاب**
الوديعة مناسبة الوديعة بالمضاربة ظاهرة وهي ان المال بيد فيه
الى المضارب بطريق الامانة كالوديعة في يد المودع حتى انه قال بعض
الشراح في اوائل كتاب المضاربة ولا بد ان يكون المال مسلما الى المضارب
لا يد لرب المال فيه لان المال امانة في يده فلا يتم الا بالتسليم اليه كالوديعة
الا انه قدم المضاربة لشدة المناسبة بينها وبين الصلح لانه كان الصلح
تصير بيعا واجارة وخلعا على اعتبار الاحوال كذلك المضاربة ذو حظ
من الكفالة والوكالة والشركة فليتأمل **قوله** لان الوديعة امانة بلا
تمليك شيء وفي العارية تمليك المنفعة بلا عوض **اقول** لا يذهب على
ذي مسكة ان وجه الترتيب والتعقيب بين الشيئين فرع وجه المناسبة
بينهما وبما ذكره لم يظهر وجه المناسبة بين العارية بالوديعة اصلا فالاولى
في تقرير هذا الوجه اما ان يقال لان الوديعة امانة بلا تمليك شيء وفي
العارية العين امانة ايضا مع تمليك منافعها او يقال ان في كل من الوديعة
والعارية تسليم عين لاخر الا ان في الوديعة لحفظ بدون تمليك شيء وفي العارية
للانتفاع بتمليك منافعها **قال** وفي الهبة تمليك العين بلا عوض **اقول**
يرد على هذا الوجه ان يقال لو كان مراد المص رعاية هذا الوجه لينتهي المنهج
المبني على الترقي والتدريج كان الواجب عليه ان يذكر البيع ايضا في خلال
هذه الكتب اما بعد الهبة فانه تمليك العين بعوض بان يذكر الاجارة قبل
الهبة بعد العارية نظرا الى ان العارية تمليك المنفعة بلا عوض والاجارة
تمليكها بعوض والهبة تمليك العين بلا عوض والبيع تمليكها
بعوض او يذكر العين بعد الاجارة فانه مثلها عقد لازم قوي وهو تمليك
العين المستتبع لتمليك منافعها ايضا واذ يذكر الوصية ايضا فافهم

يعة

جارة

تمليك بلا عوض اما للعين ان كانت وصية بالعين واما للمنافع ان كانت
وصية بالمنفعة اللهم الا ان يقال قد ذكر في كتاب البيع في محله لوجه بين
هناك وتعيين آخر الكتاب لذكر الوصية للمناسبة الظاهرة بين آخر الكتاب
وآخر احوال الناس فبقي المحتاج الى وجه ترتيب هذه الكتب الاربعة على ان دعوى
وجود الاطراد في امثال هذه الوجوه دونه خرط القتاد **قوله** وهي اعلى
من الهبة لانه عقد لازم **اقول** يرد على ظاهره ان يقال لو كان تأخير الاجارة
عن الهبة بكون الاجارة عقدا لازما لكان المناسب ان يؤخر عن الكتابة ايضا لان
لزومها من جهة المولى لا من جهة العبد بخلاف الاجارة فانها لازم بين الطرفين
فتأمل **ثم اقول** المفهوم مما ذكره هذا الشارح في هذا المقام وبعض من
سبقه ان يكون تأخير الاجارة عن الهبة لزيادة في جانب الاجارة ونقصان
في جانب الهبة والمفهوم مما ذكروه في صدر كتاب الاجارة ان يكون الامر بالعكس
حيث قالوا لما فرغ من بيان احكام تمليك الاعيان بغير عوض وهو الهبة
شرع في بيان تمليك المنافع بعوض وهو الاجارة وقدم الاولى على الثانية
لان الاعيان مقدمة على المنافع والظاهر انهم ارادوا بالتقدم التقدم
على ما صرح به في الاتقاني حيث قال لان الهبة لما كانت تمليك عين والا جارة
تمليك منفعة كان تقديم الهبة اولى لكون الهبة اقوى فما اشرح نشبها
نسي ما قدمت يداه والحق انهم لو عللوا تأخير العارية عن الوديعة وتأخير
الهبة عن العارية بما ذكروا من الترقي لم يقولوا واخرت الاجارة عن الهبة
مع ان العين اعلى من المنافع لوجود العوض فيها وعدمها في الهبة بالنسبة
الى الاجارة بمنزلة المفرد من المركب لكان اولى فتدبر **قوله** ومشروعية
لقوله تع **اقول** لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان الاستدلال بهذه الآية
الكريمة على نفس مشروعية الوديعة محل كلام الا ان يقال اراد بمشروعية
الوديعة وجوب حفظها شرعا فان مشروعيتها بمعنى جواز دفعها الى المو دع
للحفظ امر جلي لا حاجة الى اقامة الدليل عليه اذ لا مانع عنها اصلا وكذا
مشروعيتها بمعنى جواز قبول المودع اياها لان المرء مالك لمنافع بدنه وماله

وانما المحتاج الى الدليل وجوب حفظها على المودع ولزوم دفعها الى صاحبها
بمجرد اخذها او الامر بغير اشتراط اجر في مقابلته ولذلك اقام الدليل عليه ثم ان
دلالة الآية على لزوم دفعها الى صاحبها ظاهر وكذا على وجوب حفظها لان
ما لا يتم الواجب بدونه فهو ايضا واجب فتدبر **قوله** بالطلاقة يعني ان
الوديعة خاص والامانة عام فاذا افادت الآية الكريمة وجوب اداء الامانات
بجملتها تدل على وجوب اداء الوديعة ايضا **قوله** وتفسيرها لغة الترك
الظاهر انه من قبيل التسامح اي انه مأخوذ من معنى الترك لانه لما شاع امانة تعصيه
عدل عن ذكر مصدره وتفسيره بالترك الى هذا الوجه قال بعض الاجلة ثم ان الوديعة
فعيلة بمعنى مفعول **اقول** يرد على ظاهره ان الفعيل بمعنى المفعول الا يلحقه
التاء فلا بد من الاعتذار عنه بانه دخل في عداد الاسماء فدخلته التاء كما في
النطيحة والذبيحة **قوله** وفي الاصطلاح التسليط على حفظ المال اعترض
عليه بعض الاجلة حيث قال الظاهر ان الوديعة في الشريعة ايضا هو المال
المودع الذي ترك عند الامين لا نفس التسليط على حفظ المال وانما التسليط
على حفظ المال هو الايداع **اقول** كون الوديعة في الشريعة هو المال
المودع الذي يترك عند الامين لا يقتضي عدم كونها فيها اسما للعقد ايضا
كالعارية فانها اسم للمال والعقد على ما ذكر في التاتارخانية نقلا عن المنافع
ولقد افصح عنه المصنف ايضا حيث قال العارية جائزة وهي تمليك المنافع
بغير عوض وقال في موضع العارية ان هلكت بغير تعد انتهى وامثال
ذلك اكثر من ان يحصى كلفظ الوقف والسرقة فلا يبعد بعدا نصحح شراح
الهداية بكون الوديعة تسليطا في ان يكون مستعملا في المعنيين على ان
ما ذكره في دفع ما اورده المجيب الفاضل فيما سيجيء من تأويل قولهم هو التسليط
على الحفظ بما يحصل بسبب التسليط يدفع هذا الايراد ايضا فتدبر **قوله**
وحكمها كون المال امانة **اقول** حكم الوديعة التي ذكرها فيما سبق
وهو المجموع المركب من الايجاب والقبول ليس كون المال امانة فقط بل حكم
الوديعة بالمعنى المذكور كون المال امانة ووجوب الحفظ على المودع على ما يرشدك

اليه ما ذكره الامام برهان الدين جزاه الله خيرا عن المحصلين في اول كتاب الوديعة
من محيطه حيث قال قال مشايخنا رحمهم الله ركن الايداع في حق صيرورة العين
امانة عند الغير قول المالك اودعتك هذا العين حتى لو قال هذا للغاصب
صار العين امانة عنده حتى لو هلكت بعد ذلك عنده من غير صنعه لا ضمان عليه
وفي وجوب الحفظ على المودع الركن هو الايجاب والقبول وهذا لان صيرورة
العين امانة عند الغير حكم يلزم المالك فيتم به وحده واما وجوب الحفظ
فحكم يلزم المودع فلا بد من قبوله انتهى وقد اشير اليه في بعض الشروح ايضا
قال الوديعة امانة في يد المودع اذا هلكت لا يضمنها اقول الظاهر
انه اراد بالهلاك ما كان بغير تعد من المودع واشار الى ذلك باسناد الهلاك
اليها وقد صرح بذلك في العارية حيث قال ان هلكت من غير تعد لم يضمن
ولم يصرح ههنا ولعل السر فيه ان العارية ماخوذة لاجل الانتفاع
والاستعمال فيكون الغالب فيها ان يكون الهلاك بصنع من المستعير وتقصير
منه في الاستعمال فكانت مظنة التعدي فناسب ان يصرح باشتراط عدمها
بخلاف الوديعة فانها ماخوذة للحفظ والصيانة فالتعدي خلاف الظاهر
جدا ولا يبعد ان يكون الاتيان بكلمة ان في هلاك العارية بغير تعد وبكلمة
اذا في هلاك الوديعة بغير تعد المدلول عليه باسناد الهلاك اليها للدقيقة
التي اشرنا اليها فتدبر قال وما قام مقامهما فعلا كان او قولا اقول
عبر عن الايداع الغير القولي بالفعلي وعن القبول الغير القولي بالعرفي حيث
قال والقبول من المودع حقيقة او عرفا اما للتفنن واما لان الايداع
الغير القولي يكون بفعل وجودي كوضع الثوب بين يدي المودع وكالقيام
من المجلس وترك الوديعة عنده بخلاف القبول الغير القولي فانه قد يكون
بالسكوت المحض وفيه ما فيه قوله فان من وضع ثوبه بين يدي
رجل وقال هذا وديعة عندك اقول لو اقتصر في وضع المسئلة
على وضع الثوب وطرح قوله وهذا وديعة عندك من البين ثم علل حكم الضمان
بكون الوضع ايداعا فعليا والسكوت قبولا عرفيا لكان اخصر واظهر

فان

فان حكم المسئلة لا يختلف بوجود القول المذكور وعدمه على ما افصح عنه
الامام قاضيخان حيث قال في فاتحة كتاب الوديعة في فتاويه رجل جاء
بثوب الى رجل ووضعه بين يديه وقال هذا وديعة عندك وذهب صاحب
الثوب ثم غاب الآخر بعده وترك الثوب ثمة فضاع الثوب كان ضامنا لان
هذا قبول منه للوديعة عرفا وكذا لو وضعه صاحب الثوب ثوبه بين يديه
ولم يقل شيئا والمسئلة بحالها كان ضامنا ايضا لان هذا ايداع عرفا وانما
قلنا انه كان اخصر لما لا يخفى وانما قلنا انه كان اظهر لانه اشار في مفتتح
كلامه الى ان كلا من الايجاب والقبول يتحقق بدون القول فكان المناسب
ان يضع المسئلة في ايجاب وقبول عرفيين ويذكر ان حكمها الضمان ليحصل
المرام قوله قد ذكرنا ان الوديعة في الاصطلاح هو التسليط على الحفظ
اعترض عليه الجد الفاضل حيث قال يخالف لما تقدم في الاقرار من ان الوديعة
قد يكون بغير صنعه قلت بعض الاجلة ما ذكره الشراح ههنا من ان الامانة
اعم من الوديعة بناء على اعتبار القصد في الوديعة دون الامانة مخالف لما
صرحوا به في اواخر باب الاستثناء من ان الوديعة قد يكون من غير صنع صاحبها
كاللقطة فانها وديعة في يد الملتقط وكذا اذا هبت الريح فالقت ثوبا في دار
انسان واما مجرد ما ذكره المصنف هناك من ان الوديعة قد يكون من غير صنعه
فلا يقتضي المخالفة لجواز ان يكون مراده من قوله من غير صنعه من غير صنع صاحب
الوديعة وقال فيما نقل عنه تو نص على بعض في قوله يخالف لما تقدم في الاقرار من
ان الوديعة قد يكون من غير صنعه اقول لا وجه للتعريض المذكور اصلا
فان الجد الفاضل اورد المناقشة على كلام صاحب العناية والمخالفة المذكورة
محققة على شرحه حيث ارجع الضمير هناك الى المودع فمراده من مخالفة
هذا الكلام منهم لما ذكره المص فيما سبق مخالفته لهم على رايهم والتزامهم
فتدبر قوله والامانة من ذلك فانها قد يكون بغير عقد اقول
الامانة انواع ثلثة ذكر الشراح نوعين منها واهملوا ذكر الواحد وذلك
ان الامانة قد يكون بمقصود موضوع للاستحفاظ قصدا وهي الوديعة

فان عقد الوديعة في الشريعة موضوع للحفظ المحض وقد يكون بصنع
في ضمن عقد من العقود لكن ذلك العقد غير موضوع للاستحفاظ نهاية الا مه
انه يلزم الحفظ كالاخذ العارية والاجارة ومال المضاربة وغيره فان كل
ذلك امانة في يد الاخذ على ما صرحوا به لكن العقود المذكورة ليست موضوعة
للاستحفاظ وانما يلزم الحفظ ضمنا كما لا يخفى وقد يكون بغير صنع اصلا
كما اذا هبت الريح ثم ان مراد من قال في بيان عموم الامانة فالوديعة
هي للاستحفاظ قصدا والامانة هي الشيء الذي وقع في يده من غير قصد ان
الامانة كما تطلق على الاستحفاظ قصدا تطلق على الشيء الذي وقع في
يده ايضا لا ان الامانة مخصوصة بذلك القسم نهاية الامر انه سومح في
التعبير اتكالا على ظهور المراد فاقتصر على بيان النوع الذي به يظهر
عموم الامانة على انه جاز ان يكون مراده من قوله من غير قصد عدم اعتبار
القصد فيه لا اعتبار عدم القصد وقد تقررت ان الماهية بلا شرط شيء
اعم من شرط شيء ومن شرط لا شيء فيندفع ما ذكره بعض الاجلة بقوله ان
التقرير المذكور يقتضي ان يكون بين الوديعة والامانة تباين لا عموم
وخصوص فانه قد اعتبر في الاولى القصد وفي الاخرى عدم القصد وهما
لا يجتمعان في مادة اصلا وقد سبقه في هذا الايراد مولانا الشهير
بيعقوب باشا والعلامة الدهلوي وقد اعترض الجد الفاضل ههنا على
قول الشارح ههنا بوجه آخر حيث قال ان الامانة مباين للوديعة بهذا
المعنى لا انها اعم منه بل المراد بالوديعة ما ترك عند الامين واراد بهذه
المباينة ان الوديعة بهذا التفسير مصدر وهو امر معنوي والامانة عبارة عن
العين فيكون مباينة قال بعض الاجلة قد كان ما لاح لي ما ذكره من حديث
كون الوديعة بهذا المعنى مباينا للامانة كلام آخر وهو انه يلزم ح ان لا يصح
قول المص الوديعة امانة في يد المودع اذ التسليط على الحفظ امر معنوي
لا يمكن ان يكون في يد المودع لح **اقول** ما لاح ثانيا ليس بشيء لان قوله له
في يد المودع صلة الامانة لا الوديعة والامانة ههنا عبارة عن العين بلا ريب

فالسماحة

فالسماحة في حمل العين على الامر المعنوي مع مباينتهما وهو الذي اورده
الجد الفاضل لا في قوله في يد المودع ثم قال الا ان الاخذ فعتهما معا بحمل كلام صاحب
العناية على المسامحة بان يكون مراده بقوله هو التسليط على الحفظ هو تحصيل
بسبب التسليط **اقول** كون العين حاصلا بسبب التسليط مما
يحتاج التامل في فهمه جدا ثم ان اجرا هذا التوجيه في قوله وركنها كذا وشرطها
كذا وحكمها كذا من الالفاظ المنبئة عن كون الوديعة امرا معنويا لا عينا عسير
جدا قال بعض الاجلة ثم ان صاحب النهاية بعد ان ذكر الجواب الاول ونسبه
الى الامام بدر الدين الكردري كما مر قال والاولى في الجواب فيه ان يقال
لفظ الامانة صار علما لما هو غير مضمون عليه من غير تفاوت بين اللفظين نوع
من الوجوه اعترض بعض الاجلة حيث قال فيه نظر اذ لو كان المراد بالامانة
المذكورة في الكتاب بمعنى غير مضمون لما احتيج الى قوله اذا هلكت لم يضمن لكون
الثاني مستدركا **اقول** لم لا يجوز ان يكون ذكر قوله اذا هلكت
لم يضمن بيانا لكون عدم الضمان في صورة كون الهلاك من غير صنعه
فتامل **اقول** معنى كون لفظ الامانة علما لما هو غير مضمون ان هذا
اللفظ في الدلالة على ذلك المعنى صار بمنزلة العلم كدلالة موسى على المحق
وفرعون على المبطل حتى يقال بهذا الاعتبار لكل فرعون موسى وكدلالة
الاسد على الشجاعة حتى يقال اسد علي وفي الحروب نعامة **قال** المقولة ثم
اقول ولانه لا يقتضي راسا فلا حاجة الى الوجهين المذكورين
قال لان الظاهر انه يلتزم حفظ مال الغير على الوجه الذي
يحفظ مال نفسه **اقول** لقائل ان يقول تصرف المرء في مال غيره
لا يكون على وفق تصرفه في مال نفسه الا ترى ان الوكيل ببيع الدينار
بالدراهم اذا باع بما لا يتغابن الناس بمثله لا يجوز بالاجماع ولا يكون
تصرفه في مال نفسه كذلك فلم لا يجوز ان يكون [illegible] الامر في الحفظ ايضا
كذلك **قوله** فكان المالك راضيا به **اقول** الظاهر انه اراد به
الرضا التقديري دون التحقيقي بمعنى لما دل الدليل الغالب على وجود

الرضا من المالك بحفظ المودع الوديعة مع من في عياله اديرالحكم على ذلك
الدليل وحكم شرعا بوجود الرضا ولم يعتبر بعدمه حقيقة كالقصر اديرّ
بالسفر الدال على المشقة غالبا فوجب القصر وان لم توجد المشقة
فاندفع به ما اورده بعض الاجلة بقوله هذا يشعر بكون مدار دفع
الوديعة الى عياله رضاء المالك به وذلك يقتضي عدم جواز دفعها
اليه عند عدم رضاه به الخ فتامل **قوله** وهذا اذا لم ينهه عن الدفع اليهم
اي عدم الضمان بالدفع الى العيال في صورة عدم النهي وفيه بحث فانه
مخالف لما سيذكره المصنف بقوله واذا قال صاحب الوديعة للمودع
لا تسلمها الى زوجتك فسلمها اليها لا يضمن والعجب ان بعض الاجلة
اعترض على قول المص فكان المالك راضيا به بانه يشعر بان المدار
في جواز دفع الوديعة الى عياله رضاء المالك وذلك يقتضي عدم جواز
دفعها اليه عند عدم رضائه وليس كذلك فان المالك اذا نهى عن دفعها
الى واحد من عياله فدفعها الى من لا بد له منه لم يضمن انتهى ولم يعترض على
قول الشارح وهذا اذا لم ينهه عن الدفع مع ان وروده عليه اظهر
فتدبر ثم ان صاحب العناية قال في هذا المقام نقلا عن شرح الطحاوي
وهذا اذا لم ينهه صاحب الوديعة عن الدفع الى من هو في عياله فاما
اذا نهاه عن ذلك ثم دفع فضاعت الوديعة فانه ينظر ان كان يجد
بدا من دفعها فانه يضمن وان كان لا يجد بدا فلا ضمان عليه انتهى ويرد
على ظاهره ان المفهوم مما ذكره المص هو الجزم بعدم البد من الدفع الى العيال
والمفهوم مما ذكره الاتقاني عدمه ويندفع هذا الاشكال بان يقال
ما ادعاه المص من الجزم بعدم البد في الدفع الى العيال هو بالنظر الى جنسهم
وما ذكره الاتقاني هو بالنظر الى النوع او الصنف المخصوص والحاصل
انه اذا نهى عن الدفع الى جنس العيال فلا عبرة بالنهي اذ لا بد من الدفع
الى واحد منهم البتة واذا نهى عن المخصوص كالمراة او الابن او الغلام
ففي ينظر على ما افصح عنه المص فيما سيجيء حيث قال فان قال صاحب ~~العناية~~
الوديعة

للمودع لا تسلمها الى زوجتك فسلمها اليها لا يضمن وفي الجامع الصغير
اذا نهاه ان يدفعها الى واحد من عياله فدفعها الى من لا بد منه لم يضمن كما اذا كانت
الوديعة دابة فنهاه عن الدفع الى غلامه الخ **قوله** لان الايداع
استحفاظ لا حفظ **اقول** فيه بحث فان الايداع حفظ بالغير
على ما افصح عنه نفسه في مفتتح كتاب الاقرار حيث قال وان لم يسترح فلا يخلو
اما ان يحفظ بنفسه او بغيره ولم يذكر حفظه بنفسه لانه لم يتعلق به حكم
في المعاملات فبقي حفظه بغيره وهو الوديعة فتامل **قال** الا ان
يقع في داره حريق فيسلمها **اقول** استثناء مفرغ من اعم الازمان اي
ان حفظها بغيرهم او اودعها ضمن في جميع الازمان الا في زمان يقع في داره
حريق على نهج قوله تعالى ولا تقولن لشيء اني فاعل ذلك غدا الا ان يشاء الله
على احد الوجوه فالظاهر ان مراد صاحب العناية من قوله استثناء من قوله فان
حفظها بغيرهم ضمن انه استثناء مفرغ من الحكم المذكور لا ان ذلك القول مستثنى
منه **قال** ولا معتبر بالقسمة لانها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة
لها قال الكبير الفاضل رحمه الله تعالى فيه تامل فان المعلول ههنا جواز الشركة
والعلة امكان القسمة والقسمة نفسها من موجبات نفس الشركة واعترض
عليه بعض الاجلة حيث قال هذا ساقط فان القسمة نفسها ليست من موجبات
الشركة قطعا اذ لا شك انه لا يجب على المشتركين في شيء قسمة ذلك الشيء بل
يجوز ان يتصرفا فيه على الاشتراك من غير قسمة ابدا وانما الذي من موجبات
نفس الشركة وجوازها هو جواز القسمة لا القسمة نفسها فلا يصح ان يكون
جواز القسمة فيما نحن فيه علة موجبة للشركة لئلا ينقلب المعلول علة الخ
اقول فيه بحث فان الحق الحقيق بالقبول هو ان جواز القسمة شرعا
من موجبات نفس الشركة الشرعية والشركة الشرعية معللة بجواز القسمة
لكن لا بجوازها الشرعي الذي كان متعلقا بالشركة بل بمعنى امكانها العقلي
الذي هو غير جوازها الشرعي فليس فيه انقلاب المعلول علة كما توهم ثم ان
مبنى ما ذكره بقوله ليست من موجبات الشركة اذ لا شك انه لا يجب على المشتركين

في شيء قسمة ذكر الشيء على ظن الايجاب المشتق منه لفظ الموجب بمعنى الايجاب
الشرعي الذي يلزم من تركه الاثم والظاهر انه ليس كذلك بل بمعنى الاثبات يعني
انه انما ثبت حق القسمة للمشاركين شرعا للشركة **قال** كخلط الخل بالحاء
المهملة **اقول** انما لم يحملوه على الخل بالخاء المعجمة مع ان خلطه بالزيت
امر معتاد وحملوه على لغة شايعة الاستعمال لان الكلام في الخلط المقتضي
لتعذر التمييز والخل بالخاء المعجمة اذا خلط بالزيت يطفو الزيت
ويرسب الخل فيسهل تمييز احدهما عن الآخر جدا **قال** لتعذر القسمة باعتبار
اختلاف الجنس لان حقيقة القسمة بالافراز **اقول** فيه بحث فان
القسمة لا تعرى عن معنى المبادلة والافراز على ما نص عليه المص وغيره
فاقتضاء فوات معنى الافراز فوات القسمة غير مسلم بل الاولى ان يقال
المراد من الاشتراك الذي ذهبا اليه الاشتراك من غير تراض في النوع
والقسمة في مختلفي الجنس قسمة الا انها مبادلة فيتوقف على التراضي
والشركة بالتراضي تجري في جميع الصور **قال** ومن هذا القبيل
خلط الحنطة بالشعير في الصحيح **اقول** الظاهر ان قوله في الصحيح احتراز
عن ان يكون حكم هذه الصورة عدم الضمان بالاجماع لان الضمان انما يكون
في الخلط المقتضي لتعذر التمييز وذلك لا يتحقق في خلط الشيئين المتخالفين
جنسا اذا لم يكونا بالعين كخلط الجوز باللوز فانه لم يقل هناك احد بالتضمين
وانما كان حكم هذه الصورة الضمان بالاجماع لما ذكره من عدم خلو احدهما
عن حبات الآخر بعينهما وان كانا متخالفين لكنهما لما كانا صغيرين متشابهين
لم يمكن اخراج احدهما عن الآخر عادة فوجب فيه الضمان عند ابي ح
رحمه الله وكذا عندهما لانهما لا يقولان بالشركة الا فيما خلطها بجنسها
الا ترى الى قول المصنف وقالا اذا خلطها بجنسها شركها والحنطة
غير الشعير جنسا فكان خلطهما كخلط الخل بالزيت بعينه واما ما ذكره
صاحب العناية من انه احتراز عن قول بعضهم من ان الجواب في ذلك كالجواب
في خلط الحنطة بالحنطة فكان على الاختلاف فلا يساعده ما ذكر في سياق

التعليل

التعليل لان الحنطة اذا خلطت بالحنطة لا يمكن التمييز بينهما اصلا فما ذكره من تعليل
التمييز بين الحنطة والشعير لعدم خلو احدهما عن حبات الآخر يكون وجها لكون
خلط الحنطة بالشعير كحكم خلط الحنطة بالحنطة فكيف يذكر تعليلا لكونه خلافه
وهل يذهب الى هذا الاحتمال من له ادنى تمييز فلو كان مراد المص ما ذكره من
الاحتراز عن القول المذكور لكان الصواب ان يقول في التعليل لعدم المجانسة
بينهما فان ابا يوسف ومحمد رحمهما الله انما لم يقولا بالشركة ولم يخالفا ابا ح
رحمه الله في صورة خلط الحنطة بالشعير مع مخالفتهما في صورة خلط الحنطة
بالحنطة وتساوي الخلطين في عدم امكان التمييز لان الشركة عندهما
في المتجانسين ولا مجانسة بين الحنطة والشعير ويؤيد فيما ذهبت اليه ع
تأييد الامر له ما ذكره تاج الشريعة حيث قال وخلط الحنطة بالشعير
في الصحيح من هذا القسم لان كل واحد منهما لا يخلو عن حبات الآخر فيتعذر التمييز
ولا يمكن الافراز بالقسمة لاختلاف الجنس فيكون استهلاكا حقيقة وحكما
وعند بعضهم لا يجب الضمان لانه يمكن ان يميز حبة حبة او يلقى في الماء حتى
ترسب الحنطة ويظهر الشعير والصحيح الضمان على ما ذكرنا انتهى ان قلت
اذا امكن التمييز بينهما على ما اشار اليه ذلك البعض فما وجه ما ذكره المص
من تعذر التمييز قلت يرشدك الى وجهه ما ذكره الامام رضي الدين السرخسي
في كتاب الغصب من مبسوطه حيث قال فان غصب حنطة من واحد وشعيرا
من آخر فخلطهما ضمن لكل واحد منهما ما غصب منه لانه تعذر على كل واحد
منهما الوصول الى عين ملكه فان تمييز الحنطة من الشعير متعسر والمتعسر
كالمتعذر والمتعذر كالممتنع ان قلت لا تعسر ولا تعذر اذ يمكن ان
يصب في الماء فيرسب الحنطة ويطفو الشعير قلت هذا افساد للمخلوط في الحال
فتأمل **قال** اعتبارا للغالب اجزاء **اقول** يعني انه تعتبر
غلبة الاجزاء لا انه يقيسه بصورة غلبة الاجزاء كما هو المتبادر من العبارة
المذكورة فان قاسه واعتبر مترادفان على ما ذكره الشراح في كتاب
المكاتب وانما قلنا لم يرد ذلك لان ما نحن فيه هو بعينه صورة غلبة الاجزاء

فكيف يقيسها على نفسها **قوله** وعند محمد شركة في كل حال يعني ان له
الشركة لا ان الحكم هو الشركة عينا اذ ليس في هذه الصورة ما يقتضي الشركة
بعينها ولقد افصح عنه تاج الشريعة حيث قال واما خلط المائع بجنسه
وهو يقطع حق المالك الى الضمان عند ابي ح رحمه الله وعند ابي يوسف رح
يجعل الاقل تابعا للاكثر وعند محمد يكون له الخيار ان شاء ضمن الخالط
وان شاء شاركه على ما ذكرنا انتهى وقد نقل عنه العلامة الدهلوي
حيث قال اعلم ان المصنف جعل مسئلة خلط المائع بجنسه مما زحمة
على ثلثة اقوال احدها انقطاع حق المالك الى الضمان وهو قول ابي
حنيفة رحمه الله والثاني جعل الاقل تابعا للاكثر وهو قول ابي يوسف
رحمه الله تعالى والثالث الشركة من غير خيار وهو قول محمد رحمه الله تعالى
انتهى قالوا اذا كان الطريق امنا اي قال المشايخ هذا
الذي ذكر من جواز المسافرة بالوديعة للمودع وان كان له حمل ومؤنة
فيما اذا كان الطريق امنا اي في جنس هذه الصورة والتفصيل يعلم مما يجي
اعترض بعض الاجلة على هذا الكلام حيث قال هذا التحرير محل وهل فاسد
لانه ان كان قوله معمول القول في قالوا مجموع ما ذكر الى قوله وان كان يعمى
ذلك قوله اذا كان الطريق امنا وكان قوله وان كان مخوفا ضمن بالاتفاق
بيانا لحكم كون الطريق مخوفا في المسافرة بالوديعة وكان قوله وان كان
امنا وله بد من السفر الى اخره تفصيلا لحكم كون الطريق امنا في المسافرة
بالوديعة فسد معنى المقام ايضا لانه ان اراد بقوله اذا كان الطريق
امنا ما هو عام لما كان له بد من السفر وما لم يكن كما هو الظاهر من اطلاق
اللفظ كان قوله في التفصيل واذا كان امنا وله بد من السفر فكذلك منافيا
لذلك قطعا وان اراد به ما هو مقيد بان لم يكن له بد من السفر مع كون
اللفظ غير مساعد له ينافيه قوله في التفصيل وان سافر بنفسه ضمن لانه قسم
من ذلك المقيد **اقول** لا يخفى على ذي مسكة ان المراد الاحتمال الثاني
من شقي الترديد لا الاول وهو المذكور بقوله وان كان معمول ذلك قوله

اذا كان الطريق امنا الى اخره وما ذكره بقوله فسد معنى المقام ايضا فاسد
جدا فان مراد الشارح بقوله اذا كان الطريق امنا ان هذا الحكم ثابت
في هذه الصورة على ما اشرت اليه فيما سبق فان مقصوده الاشارة الى جمالية
الى ان عدم الضمان في المسافرة بالوديعة في صورة الامن وان في صورة
الخوف يضمن بالاجماع على الاطلاق واما بيان ان عدم الضمان في اية صورة
من صور الامن فيعلم ذلك من التفصيل الاتي والحاصل انه لم يرد بقوله اذا كان
امنا جميع صور الامن ولا صورة مخصوصة من صورها بل اراد جنس تلك
الصورة فلا غبار فيه اصلا **قوله** ولا يكون ذلك قسمة على الغائب حتى ان
الباقي اذا هلك في يد المودع كان للغائب ان يشارك القابض **اقول**
الحق ما ذكر من مشاركة الغائب للقابض واما مشاركة القابض للغائب
عند هلاك المقبوض فليس بشيء فلذلك لم يذكر من الشراح غير تاج الشريعة
حيث قال ولو هلك ما في يد القابض فللقابض ان يشارك الغائب وانما
قلت انه ليس بشيء اذ قد تقرر ان احد الشريكين في المثليات اذا اخذ
نصيبه لا لكونه هذه قسمة متقررة في حق الاخر حتى انه اذا اراد النقض
يكون له ذلك ولو هلك بصنعه يكون له ان يشارك القابض فيما قبض ولو
هلك المقبوض في يد القابض فليس له ان يشارك الغائب فيما بقي **قال**
وذكر رواية الجامع الصغير ليدل بوضعه على ان المراد بموضع الخلاف
اعترض عليه بعض الاجلة حيث قال فيه بحث اذ ليس فيما ذكر من رواية
الجامع الصغير ما يشعر بحصر وضع المسئلة فيما يقسم حتى يدل به على ان
موضع الخلاف هو المكيل والموزون فان الالف المذكور فيه الالف وهو
موزون ليس بسديد اذ لا شك ان الالف انما ذكر فيه على سبيل التمثيل كالشمعه
كيف ولو افاد ذلك الحصر لكان وضع المسئلة المذكورة فيه غير متناول
للمكيل اصلا بمقتضى قوله وهو موزون ولا للموزون الذي هو غير الالف
فيفوت المطلوب **اقول** فيه بحث فان كون ذكر الالف على سبيل
التمثيل بالنسبة الى سائر اقسام الموزون والمكيل والى سائر الاعداد

لا يقتضي ان يكون بالنسبة الى سائر اقسام الاموال ايضا تمثيلا وما ذكره
بقوله غير متناول للمكيل اصلا ولا الموزون الذي هو غير الاناء ليس
بشيء فان ذكر الموزون ذكر المكيل دلالة لاتحادهما في كثير من الاحكام
كحرمة الربوا وجواز التقسيم بين الشريكين من غير رضاء الآخر والتضمين
فاذا كان ذكر الموزون ذكر المكيل فكون ذكر الاناء ذكرا لسائر انواع
الموزون دلالة ظاهر قال في معراج الدراية قال ابو جعفر في الكشف
في هذه الرواية من الفائدة ما ليس في رواية كتاب الوديعة القاضي
لا يأمر المودع بالدفع وكان يجوز ان يقول قائل ان كان القاضي لا يأمر
المودع بالدفع فله ان يأخذه ديانة فلما قال في الجامع ليس له ان
يأخذه زالت هذه الشبهة ثم اقول لا يذهب عليك انه لا يجوز
ان يكون المراد من قوله في الجامع ليس له ان يأخذه نفي الاخذ بطريق الجبر
على ما يدل عليه انه قال المصنف في ذكر دليل الامامين ولهذا كان له ان
يأخذه ولم يمنعه عند ذكر جواب الامام بل منع دلالته على مقصودهما
واجمع اكثر الشراح منهم السغناقي على ان للمودع ان يأخذ نصيبه اذا
ظفر به قال تاج الشريعة وصاحب الكفاية هذا معنى جواز اخذ الحاضر
نصيبه من المودع عند الظفر به لان يد المودع كيد المودع ولو كان
في يد المودع له ان يأخذه فكذا اذا كان في يد نائبه وقال الدهلوي
في شرح قوله فليس للحاضر ان يأخذ نصيبه كانه اراد انه ليس له
ان يأخذ نصيبه جبرا والا فله ان يأخذه اذا ظفر به انتهى فجواز قول
القائل على حاله وبهذا ظهر اختلال الاشكال الذي توهمه بعض الاجلة
في شرح قول المصنف فلذا ليس من ضرورته ان يجبر المودع على الدفع
كما يجيء ان شاء الله تعالى ثم قال وفائدة اخرى ان رواية كتاب الوديعة
في اثنين ورواية الجامع في الثلثة فلولا رواية الجامع لكان لبعض
ان يقول نصيب الواحد الحاضر من الثلثة اقل من نصيب الحاضر من فيصير
مستهلكا ولا تابعا فله اخذه فتبين رواية الجامع ان كليهما سواء

اقول

اقول يعني لو لم يذكر رواية الجامع لربما يتوهم ان يكون خلاف الامام مين
لابي حنيفة في صورة ايداع الثلثة وحضور الواحد منهم فالظاهر انهما
يوافقانه في عدم الاخذ بناء على كون نصيب الحاضر قليلا مستهلكا فبمجموع
الروايتين ظهر ان الخلاف جار في جميع الصور وهذا امر مقصود لا يخفى
حسنه على من تأمل وتدبر ولا يرد عليه ما اورده بعض الاجلة من النظر
ثم يرد على ظاهره ان يقال لا يلزم من ايداع الثلثة كون نصيب الحاضر
اقل من نصيب الغائبين لجواز ان يكون نصيبه بقدر نصيبهما او اكثر الا انه
مدفوع بان الظاهر في امثاله ان يكون المفروض مساواة الانصباء
الا ترى نصيب الحاضر في صورة الدين المشترك النصف
فتأمل قال وذكر الخلاف فيما يقسم وما لا يقسم قال الشارح
بعد سطر ما يقسم هو الذي لا يتعيب بالتفرق الحسي كالمكيل والموزون
وما لا يقسم هو ما يتعيب به كالعبد والدابة والثوب الواحد اقول
كما ان الثوب الواحد والعبد الواحد والدابة الواحدة مما لا يقسم حيث
لا يحتمل التبعيض الحسي كذلك مجموع شاة وبعير وبرذون وحمار ونحوها
عند ابي حنيفة رح وحوهران لا يقسم جبرا اراد بما يقسم ما لا يتعيب اصلا ده
بالتبعيض الحسي كالمكيل والموزون فانا اذا جعلنا صاعا من البر نصفين
لا يتعيب اصلا وكذا اوقية من العسل وبما لا يقسم ما يتعيب به كالعبد الواحد
والدابة الواحدة على ما يجيء قال بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه ليه
بتسليم حقه اقول الاولى ان يرجع الضمير الى الشريك الحاضر المطالب
كما ذهب اليه صاحب العناية لكن لا لانه اذا رجع الى المديون يلزم ما ذكره
من الحجر للمديون بالتصرف في ماله بدفعه الى من لا يجب له عليه ذلك فان الديون
لما كانت لا تقضى الا بامثالها يجب على المديون ان يدفع الى الدائن قدر
الدين من ماله بل لان الكلام في ان ما يطالبه بتسليمه هل هو حقه او حق غيره
وكان المانع في صورة الايداع كونه حق غيره فالاولى ان يعلل الجواز في صورة
الدين بكونه حق نفسه فتأمل قال قوله له ان يأخذه جوابه عن قولهما

يعني ان هذا القول شروع للجواب عن قولهما لان القول المذكور من كور فيما سبق
عن طرفهما وانما ذكره ههنا لان يحسن عند فلا خلل فيه كما توهمه بعض الاجلة
اقول قلنا ليس من ضرورته ان يجبر المودع على الدفع اعترض عليه
بعض الاجلة حيث قال ههنا اشكال وهو ان هذا الجواب لا يتمشى على رواية
الجامع الصغير فان جواب المسئلة فيها فليس للحاضر ان يأخذ نصيبه
عنه وهذا دل على عدم جواز اخذ احد الشريكين نصيبه من المودع لي اقول
لا اشكال في المقام عند اصحاب النهى والاحلام • اما اولا فلما اشرنا اليه
فيما سبق من ان معنى ما ورد في رواية الجامع من عدم الاخذ عدم الاخذ جبرا
وقضاء واما ثانيا فلان الجواب المذكور يتمشى على كلتا الروايتين وان
فرض ان المراد من عدم الاخذ في رواية الجامع عدم جوازه ديانة نهاية الامر مر
انه على الرواية الاولى يكون جوابا مبنيا على التحقيق وعلى الثانية على
التسليم والتنزل كما يظهر ذلك بادنى تأمل والاجوبة المبنية على التنزل
والتسليم اكثر من ان تحصى • واوفر من اعداد الرمل والحصا يراد بها ادخال الخصم
وتوسيع الميدان لالزام الخصم اين ما كان • وليس معنا ناها الاحتياج
اليها في الاحتجاج بقي ههنا شيء وهو ان قول المص ليس من ضرورته ان يجبر
المودع على الدفع ليس على ما ينبغي والعبارة الحسنة ان يقال ليس من ضرورة
جواز الدفع فان حكم المسئلة انه لا يجوز للمودع الدفع الى احد المودعين
عند غيبة الآخر وهو المذكور في الكتاب حيث قال لم يدفع اليه حتى يحضر
الآخر ويعلم من عدم جواز الدفع عدم الجبر عليه دلالة بخلاف العكس فتدبر
قال وان اودع رجل رجلين شيئا لم يجز ان يدفع احدهما الى الآخر
ولكنهما يقتسما اقول تفصيل الكلام في هذا المقام ان دفع الشيء الى المتعدد
للحفظ الظاهر منه ان يكون مراده ان يحفظ الكل الكل نوعان حقيقي
وهو ان يحفظ كل جزء من اجزاء الوديعة كل واحد من المودعين بان لا ينفك
احدهما عن الآخر حال الحفظ ودون ذلك وهو ان يحفظ البعض بعضهم
والبعض الآخر بعض اخر منهم فانه ايضا مما يصح عليه اطلاق الحفظ الكل

الكل

للكل وهو في النفع اولى من حفظ واحد منهم للكل فان حفظ القليل اهون
من حفظ الكثير فاذا دفع واحد شيئا من امواله الى متعدد للحفظ كان
الظاهر ان يحفظ جميعهم كل ذلك الشيء حقيقة اي بالطريق الذي
سميناه حفظ الكل للكل حقيقة الا انه لما كان فيه من الحرج ما لا يخفى
لم يجب ذلك بل كان فيه تفصيل وهو انه ان كان الوديعة شيئا
يمكن تبعيضه وتقسيمه اوجب ابو ح فيه حفظ الكل بالنوع الذي
هو دون الحقيقة وهو ان يقسم الوديعة فيحفظ البعض البعض والآخر
الآخر لما قلنا انه اولى من حفظ الواحد الكل فعند امكانه يصار اليه وان
كان شيئا لا يمكن تبعيضه اجاز دفع احدهما الى الآخر لعدم امكان
هذا النوع فيه هذا والعجب ان الاتقاني علل مذهب ابي حنيفة
في هذه الخلافية بما لا يوافق مراد المص اصلا حيث قال ولابي حنيفة
رحمه الله تع ان المالك رضي بحفظهما جميعا لا بحفظ كل واحد على الانفراد
بدلالة انه اودعهما جميعا الوديعة فلو رضي بحفظ كل واحد منهما
النصف لامرهما بالقسمة من الحفظ او قسم ثم اودع النصف عند هذا
والنصف الآخر عند الآخر لان الوديعة مما يحتمل القسمة وحيث لم يفعل
كذلك علم انه ما رضي الا بامانتهما جميعا وحفظهما معا فاذا امكن لكل
واحد منهما الحفظ على الوجه المأمور وهو حفظهما معا ولم يحفظ على ذلك
الوجه صار ضامنا انتهى وانت خبير بان الاختلاف بين ابي حنيفة
وصاحبيه رحمهم الله تع في ان الوديعة اذا كان شيئا قابلا للقسمة
لا يجوز عند ابي حنيفة دفعه الى الآخر بل الحكم عنده ان يقسم فيحفظ كل
واحد منهم النصف الذي في يده وعندهما يجوز دفعه فالصحيح ان يعلل قول
ابي حنيفة رحمه الله في هذا المقام بمقتضى عدم دفع الوديعة القابلة
للقسمة الى الآخر ويقتضي تقسيمه وتوزيعه وحفظه على ذلك الوجه
والوجه الذي ذكره انما يقتضي عدم تقسيمه عند امكان الحفظ معا وليس
المدعى ذلك بل لم يتعرض له المصنف اصلا قال لهما ان قبض المالك

من يضمن فيضمن كمودع الغاصب **اقول** وجه قولهما يقتضي الثاني
عدم رضاء المودع بامانته وحفظه كما صرح به المصنف بقوله
وهذا لان المالك لم يرض بامانة غيره انتهى وهو الذي يقتضي
القول بتضمينه عقلا فلا وجه للتعرض بكون المقبوض منه ضمينا
اذ لو فرض غير ضمين يلزم الضمان ايضا على الوجه المذكور كما اذا فرض
انه اخذها من بين المودع جبرا او سرقها واخذها خفية فانه يلزم
الضمان على الاخذ في الوجهين لاخذه مال المودع بلا رضاء مع انه
لم يقبض من يد ضمين اذ لا ضمان على المودع فيهما لعدم الخيانة منه
فلو علل قولهما من اول الامر بعدم رضاء المالك بامانة غير المودع وطرح
قضية الاخذ الضمين من البين لكان ما ذكر من جانب الامام رحمه الله
من قوله وله انه قبض المال من يد امين تماما لا يصلح جوابا عن قولهما
حيث يكون مناط قولهما بتضمين الثاني عدم رضاء المالك بقبضه
سواء كان المقبوض منه ضمينا او امينا فتامل **قال** لانه ملكه
بالضمان **اقول** فيه قصور من وجوه اما اولا فلان الملك بالضمان
وقع بعد الايداع فلم يلزم من ذلك ايداع ملك نفسه بل اللازم انه ملك
ما اودعه لا انه اودع ما ملكه فكان الاولى التعرض لقيد الاستناد
كما لا يخفى على من انصف ذهنه بالسداد الا ان يقال سكت عن ذلك
لظهور المراد واما ثانيا فلان الملك المستند ناقص على ما سيصرح
به المص نفسه في كتاب الغصب فلا يظهر في جميع الاحكام حتى يلزم منه
عدم الضمان واما ثالثا فلانه لا وجه لرجوع الاول على الثاني راسا
حتى يحتاج الى بيان وجه عدمه اذ لم يصدر منه شيء يقتضي الرجوع الا
بخلاف رجوع الثاني على الاول فان الاول هو الذي اوقعه في هذا
المحذور والحال انه غافل معذور والله اعلم بحقائق الامور
قوله ذكر الخصاف انه نفذ قضاؤه الاول **اقول**
فيه بحث فان المجتهد فيه ههنا بين العلماء من قال بقضي الاول

وفي

وقد تقرر ان الاختلاف اذا كان في نفس القضاء لا ينفذ قضاء الاول
نص عليه المص في باب الحجر للفساد حيث قال واذا حجر القاضي عليه ثم رفع
الى قاض آخر فابطل حجره جاز لان الحجر منه فتوى وليس بقضاء ولو كان
قضاء فنفس القضاء يختلف فيه فلا بد من الامضاء حتى لو دفع تصرفه
بعد الحجر الى القاضي الى آخره

كتاب العارية

قال وقد استعار النبي عليه الصلاة والسلام دروعا من صفوان
قال الدهلوي التمسك بصحة الاستعارة بمعنى تمليك المنافع او اباحتها
باستعارة النبي عليه السلام مشكل لما ان النبي عليه السلام اخذ الدروع
منه بغير رضاه حتى قال صفوان اغصبا تاخذها يا محمد **اقول**
فيه بحث فانه ليس فيما ذكره دليل على كون الاخذ بغير رضا لجواز ان
يكون معنى قوله اغصبا تاخذ يا محمد وان لم ارض به وذلك لا يدل
على ان يكون الاخذ بعدم الرضا البتة فتامل **قال** وهي تمليك
المنافع الى آخره قال الدهلوي تعريف العارية بتمليك المنافع مشكل
لما ذكر في المغرب ان العارية فعلية منسوبة الى العارة بمعنى الاعارة
ولا شك ان الاعارة عبارة عن تمليك المنافع بلا عوض فما هو المنسوب
الى الاعارة لو فسر بالتمليك المذكور لزم اتحاد المنسوب والمنسوب
اليه **اقول** لا يرد هذا على المصنف فانه جعل العارية من العرية
بمعنى العطية لا منسوبا الى العارة بمعنى الاعارة ثم ان قوله يرد عليه
قوله والعارية امانة اذ الامانة هي العين مبناه الغفول عن ان
العارية في الشرع مشترك بين العين والمعنى كالوقف والسرقة
نص عليه في مفتتح كتاب العارية من الفتاوى التاتارخانية حيث
قال العارية اسم لعين وهبت منافعها وعبارة عن العقد ايضا فلا يرد — لا لد
فيما ذكره على عدم كون احد معنى العارية تمليك المنافع فتامل ثم ان تعريف العا — رية
بالتمليك المذكور يرد عليه ان المرتهن يقدر على اعارة الرهن حتى للراهن
وعن هذا قال الفقهاء واذا اعار المرتهن الرهن للراهن ليخدمه او يستعمله

عملا فقبضه خرج من ضمان المرتهن انتهى ولا يخفى ان الاعارة المذكورة
ليست بتمليك لان التمليك فرع التملك وقد صرحوا وهم المصنف بان منافع
الرهن باق على ملك الراهن حيث قال والاصل ان ما يحتاج اليه لمصلحة
الرهن وتبقيته فهو على الراهن لان العين باق على ملكه وكذا منافعه
مملوكة له الى آخره اللهم الا ان يحمل اطلاق الاعارة ويمكن استرداد [illegible]
اعارة تأمل **قال** ولا يشترط فيه ضرب المدة قال الشارح ولا يعلم
بكون المنافع معلومة ولا تصير معلومة الا بضرب المدة **اقول** فيه
بحث فان طريق معلومية المنافع غير منحصر بضرب المدة بل قد تصير معلومة
بنفس العقد كما اذا اعار دابته ليحمل عليها مقدارا معلوما او يركبها مسافة
سماها وقد تصير بالتعيين والاشارة كمن اعار عبده لرجل لان ينقل له هذا
الطعام الى موضع معلوم لانه اذا اراه ما ينقله والموضع الذي ينقل
اليه كانت المنفعة معلومة وسيحيط بما ذكرنا خبرا اذا انتهيت باذن الله تع
الى كتاب الاجارة هذا ثم ان المفهوم مما ذكر في هذا المقام من الطرفين ان
لا يشترط في جواز العارية معلومية المنافع كما يشترط في الاجارة والمفهوم
مما ذكره المص في موضع مما سيجيء اشتراطها حيث قال واذا استعار ارضا
ليبني فيها او ليغرس جاز للمعير ان يرجع فيها ويكلف قلع البناء والغرس
اما الرجوع فلما بينا واما الجواز فلانها منافع معلومة يملك بالاجارة
فكذا بالاعارة انتهى الا ترى كيف علل جواز الاعارة في الصورة المذكورة
بمعلومية المنافع وقاسها على الاجارة وسنح لي في الجواب بعون الله الملك
الى صوب الصواب ان معلومية المنافع على ضربين احدهما معلومية الجنس
والاخر معلومية القدر كاستعارة الدابة مثلا فانه قد يكون للركوب
وللحمل وادارة الرحى وهذا مما يتعلق بجنس المنفعة ثم كل من الحمل والر كوب
قد يكون الى يوم او يومين والى موضع كذا او موضع آخر وهذا مما يتعلق
بمقدارها والذي لا يشترط لصحة الاعارة لعدم لزومها هي معلومية
المقدار واما معلومية الجنس فمما لا بد منه فتدبر **قوله** ولذلك

يعمل

يعمل فيه انتهى اي يعتقد المعير على ان ينهى المستعير عن الانتفاع ويسترد
العين من يده واعلم ان هذا الحكم حكم العارية بحسب الاصل الا انهم قالوا
في بعض الصور بعدم قدرته على النهي والاسترداد استحسانا دفعا للضرر
الاعلى منها ما ذكره الامام قاضيخان قبيل كتاب اللقطة من فتاواه حيث
قال رجل استعار من رجل امة لترضع [illegible] له فلما صار الصبي لا يأخذ
الا منها قال المعير اردد على خادمي قال ابو يوسف ليس له ذلك وله
اجر مثل خادمه الى ان يفطم الصبي **قال** ونحن نقول انه ينبئ
عن التمليك فان العارية من العرية التي هي العطية ولهذا تنعقد بلفظ
التمليك ~~فان العارية من العرية التي هي العطية~~ اعترض عليه بعض الاجلة
حيث قال فيه بحث من وجهين احدهما ان للخصم ان يمنع كون العارية
من العرية التي هي العطية ويقول بل هي من العار اي من العارة كما ذكر في المقرد
او من التعاور كما ذكر في المبسوط وعلى هذه الوجوه المروية عن ثقات ثمة
لا يثبت ابتناء لفظ العارية عن التمليك وثانيهما ان للخصم ان يقول
انعقاد العارية بلفظ التمليك لا يدل على كونها بمعنى التمليك دون الاباحة
بجواز ان يكون لفظ التمليك هناك مستعارا بمعنى الاباحة لعلاقة
لزوم الاباحة كما قلتم في الجواب عن انعقادها بلفظ الاباحة **اقول**
في ثاني وجهي بحثه بحث فان ما فعله من الاستدلال بانعقادها بلفظ
التمليك على كونها تمليكا ليس بامر مبني على التحقيق والاقناع بل مبناه
على المعارضة كانه قال ان كان الخصم يستدل بانعقادها بلفظ الابا حه
على عدم كونها تمليكا فنحن نستدل بانعقادها بلفظ التمليك على كونها
تمليكا وهذا مما لا غبار فيه اصلا على ان الاصل الظاهر هو الحقيقة ما لم
يتعذر الحمل عليه والمجاز بعقيبه خلاف الظاهر فتمام الدليل على الحقيقة
كاف في المرام والله تع اعلم **قال** مثل ان يقول ملكتك منفعة
داري هذه شهرا **اقول** قد سبق ان ضرب المدة في العارية مما لا
حاجة اليه فالتعرض للشهر مما يحتاج الى مزيد تأمل **قال** والمنافع

قابلة للملك كالاعيان والتمليك نوعان بعوض وبغير عوض ثم الاعيان
تقبل النوعين فكذا المنافع **اقول** هذا قياس للمنافع على
الاعيان في قبول كلي وجهي التمليك بعوض وبغير عوض وبين جمع
الى قياس الاجارة على البيع والاعارة على الهبة فالمفهوم منه ان
يكون مشروعية الاجارة كالبيع وهذا خلاف ما شاع وذاع وامتلاء
به الاذان والاسماع من ان القياس يأبى عن جواز الاجارة الا انهم
جوزوه على خلاف القياس استحسانا وقد نص عليه المص فتامل **قال**
الاول انه استدلال في التعريفات اشارة الى ما ذكره الفاضل الشريف
تاج الدين في شرح المواقف حيث قال اعلم ان التعريف الحقيقي الذي
يقصد به تحصيل ما ليس بحاصل من التصورات ينقسم الى قسمين الى
قوله وكلي هذين القسمين لا يتجه عليه منع لان المتصدي لهما
بمنزلة نقاش ينقش لك في ذهنك لمفهوم او موجود فانه اذا قال
مثلا الانسان حيوان ناطق لم يقصد به ان يحكم على الانسان بكونه
حيوانا ناطقا والا لكان تصديقا لا تصورا بل اراد بذكر الانسان
ان يتوجه ذهنك الى ما عرفته بوجه باسم شرع في تصويره بوجه اكمل
فليس من الحد والمحدود حكم حتى يمنع فلا يصح ان يقال لا نم ان الانسان
حيوان ناطق فان ذلك يجري مجرى ان يقال للكاتب لا اسلم
كتابتك هذا ثم **قال** رحمه الله نعم يصح ان يقال لا نسلم ان هذا
حد الانسان وان الحيوان جنس له والناطق يصل له الى غير ذلك فان
هذه الدعاوي صادقة عند ضمنا وقابلة للمنع انتهى ولا يذهب
على الناقد البصير والمتامل الخبير ان بالمصير الى كلامه الاخير يندفع
وجه بحثه الاول **قوله** والثاني اوجه قياسا في الموضوعات
اعترض عليه بعض الاجلة حيث قال واما الثاني فلان المص لم
يقصد كون لفظ العارية موضوعا في عرف الشرع لتمليك المنافع
بغير عوض بالقياس حتى يرد عليه انه قياس في الموضوعات بل اراد
اثبات قياس المنافع لنوعي التمليك بالقياس على قبول الاعيان لهما
اقول مبنى هذا الجواب حمل مراد المص بقوله وهي تمليك المنافع بغير
عوض على بيان حكم العارية لا على بيان تعريفها وانه دفاع السؤال
المذكور على حمل مراد المص على ذلك تماما صرح به الشارح نفسه حيث قال
ولو جعلنا المذكور في الكتاب حكم العارية كان سالما عن الشكوك فلا وجه
لابراز هذا الجواب عند نفسه **قال** ولو جعلنا المذكور في الكتاب حكم
العارية **قال** الحبر الفاضل انت تعلم ان حكم الشيء لا يحمل عليه بالمواطاة
اقول مراده من كون المذكور في الكتاب حكم العارية كون المقصود
بيان حكمها الا ان يكون المذكور بعينه حكمه فيكون المراد ان قوله العارية
تمليك المنافع بغير عوض انه يترتب عليها ملك المنافع على ان لنا
ان ندعي ان المذكور المحمول عليها بالمواطاة هو حكمها بعينه والتأويل
في حمله عليها بالمواطاة هو التأويل الجاري في قوله تعالى والجروح قصاص
قال وتصح بقوله اعرتك اي تنعقد وتثبت لا الصحة المقابلة
للفساد فتأمل **قوله** ليعلم ان الاخر حقيقة قال الحبر
الفاضل رحمه الله تعالى فيه تامل فان تخصيص الاولى بكونها صريحة
يوهم بان الثانية ليست كذلك فلا تخسم مادة الاشكال **اقول**
يمكن دفعه بوجهين الاول ان يقال العدول الذي يعتبر عن الثاني
ايضا بالصريح انما يكون منشأ لايهام كونه غير صريح اذا لم يظهر
للعدول فائدة فاذا كان نكتة العدول ههنا عن التعبير بالصريح
الى التعبير بقوله مستعمل الاشارة الى كون الاول حقيقة فلا ايهام
اصلا الا ترى ان القائلين بكون المفهوم معتبرا انما يقولون
بذلك حيث لم يظهر للتخصيص فائدة اصلا غير نفي الحكم عما عدا المذكور
والثاني ان يقال لا ضير في الايهام المذكور فانه اراد بالصريح معنى
الحقيقة والثاني غير صريح بهذا المعنى فتدبر **قوله** لانها التمليك
العين وعند عدم ارادة الهبة يحمل على تمليك المنافع تجوزا

اقول يرد على كلام المصنف ههنا اشكالان وجهين الاول
انه جعل ههنا الحمل موضوعا لتمليك العين حقيقة في الهبة ومجازا
في العارية وعكس الامر في مفتتح كتاب الهبة حيث قال اما الثاني
فلان الحمل هو الاركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة
يقال حمل الامير فلانا على فرس ويراد به التمليك فيحمل عليه عند النية
والثاني انه جعل الحمل حقيقة في الهبة ومع ذلك جعل الحمل عليها مشر وطا
بالارادة والنية فهم من كلامه انه اذا لم ينو الهبة لا يحمل عليها
مع ان النية يحتاج اليها في المجاز لا في الحقيقة فذهب الشارح
في دفع هذا التدافع الى ان حمل المراد من كون لفظ الحمل حقيقة في الهبة
مجازا في العارية كما هو المفهوم من هذا المقام كونه كذلك في العرف يعني
انه حقيقة عرفية ومجاز عرفي في العارية ومن كونه حقيقة في العارية
ومجازا محتاجا الى النية في الهبة كما هو المذكور مما ذكره في كتاب الهبة
كونه كذلك في اللغة يعني انه حقيقة لغوية في العارية ومجاز لغوي
في الهبة وبه اندفع الاشكال الثاني ايضا فان الحقيقة اذا كانت
مستعملة غير مهجورة والمجاز متعارفا فالحقيقة اولى عند ابي حنيفة
رحمه الله تعالى فلفظ الحمل لما كان مجازا متعارفا في الهبة يحتاج في الحمل
عليه الى النية فتدبر وذهب الدهلوي الى سمت اخر حيث مراده
المص قوله ههنا لانهما لتمليك العين انهما مستعملان لتمليك العين
مجازا فجعل الحمل في الهبة مجازا كما توهم المفهوم مما ذكره في كتاب الهبة
ايضا ودفع به الاشكال الثاني ايضا فانه اذا كان الحمل مجازا في الهبة
يظهر وجه الاحتياج في حملها عليه الى القرينة والارادة لكن لا يخفى
على المتأمل الخبير والناقد البصير ان مساق كلام المص لا يساعد
ما ذكره اصلا والاتقاني انه قال اعلم ان الحمل حقيقة هو الاركاب
ويستعمل لتمليك العين والمنافع تجوزا الى حيث جعل للحمل ثلث معان
الاركاب وهو الحقيقة اللغوية والهبة والعارية والمص جعل الاركاب

عبارة

عبارة عن تمليك المنافع حيث قال فلان الحمل هو الاركاب حقيقة فيكون
عارية فتامل **قوله** لان قوله لك يحتمل تمليك العين وتمليك
المنفعة فاذا ميزه تعينت المنفعة **اقول** يرد على ظاهره ان اللفظ
اذا دار بين تمليك المنفعة وتمليك العين يحمل على تمليك المنفعة لانه
ادنى فهو المتيقن فلا حاجة الى التعقيب بالتمييز في الحمل على العارية
والجواب ان اللفظ المذكور اذا خلي ونفسه وان كان محتملا للتمليكين
الا ان المتبادر منه تمليك العين فهو فيه بمنزلة الحقيقة الا ترى
انه اذا قال هذا الثوب لك يكون هبة على ما سيصرح به المص في صدر كتاب
الهبة فيكون التمييز المذكور للمعارضة والترجيح ان قلت اذا ميزه
بما يدل على تمليك العين وتمليك المنفعة معا يحمل على تمليك المنفعة
ايضا حتى لو قال داري لك هبة سكنى فهي عارية فما وجه ذلك قلت
وجهه ان العارية محكم في تمليك المنفعة والهبة تحتملها وتحتمل تمليك
العين فيحمل المحتمل على المحكم **قال** وللمعير ان يرجع في العارية
متى شاء **اقول** لا بد من ان يستثنى من هذه الضابطة معير الرهن
فانه لا يقدر على الاسترداد قبل انفكاكه **قوله** وفيه زيادة مبا لغة
في ان العارية مستحق الرد **اقول** المتبادر من مساق كلامه
ان يكون زيادة المبالغة في التعميم بعد التخصيص ويمكن ان يحمل مرا ده
على ان في الحديث الكريم زيادة مبالغة من وجه آخر وهو التعبير بصيغة
اسم المفعول المشعر بتحقق الرد والاداء حالا وايثار صيغة
الخبر على الامر على نهج قوله تعالى يرضعن اولادهن ويتربصن بانفسهن
لما تقرر ان اخبار الشرع آكد من انشائه فتدبر **قوله** ولان
المنافع تملك شيئا فشيئا على حسب حدوثها **اقول** يرد على ظاهره
ان مقتضى هذا التعليل ان يرجع الموجر ايضا عن الاجارة متى شاء
وان كان قبل مضي المدة لانها بيع المنافع وتمليكها بعوض والتمليك
فيما لم يوجد منها لم يتصل به القبض وهي لا تملك الا به فصح الرجوع بعينه

ماذكر فيما نحن فيه والجواب عند ان العين التي هي محل المنافع اقيمت
في الاجارة مقام نفس المنافع ليرتبط الايجاب بالقبول في حق لزوم
العقد في المدة المعينة كما تقرر في مفتتح كتاب الاجارة فاتصال
القبض بالعين المستاجرة اتصال بمنافعها قال اي لا عن ايجاب
قبض بحيث لا ينقض الآخر بدون رضاه اقول في تفسير
عدم الاستحقاق بما ذكره وقد فهم من كلام الاتقاني تفسيره بوجه آخر
حيث قال وذلك لان منفعة العين عائدة الى المستعير لكنه لا باستحقاق
لان الاعارة تبرع بالمنفعة لا بالعين والاذن لقبض العين تثبت
ضرورة الانتفاع بالعين ولا يذهب عليك انه يرد عليه انه اذا كان وجه
عدم الاستحقاق ما ذكر فالظاهر في الاجارة ايضا ما ذكر ومع ذلك لا ضمان
فيه الا ان يقال ان العين اقيمت في الاجارة مقام المنفعة كما سبق
فلا يكون من هذا القبيل بل يكون العين واردا على العين قال
ولنا ان اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان اقول يرد على ظاهره
ان يقال ذكر في الخلاصة رجل قال لآخر اعرني ثوبك فان ضاع فانا
ضامن له لا يضمن ونقله عن المنتقى ولا يخفى ان هذا الوجه لا يجري
في تلك الصورة فان اللفظ فيها يصرح بالتزام الضمان ولعل قول الشيخ
الشارح فلان اللفظ الذي ينعقد به العارية يدفع السؤال حيث
يعلم منه ان مراد المص عدم انباء الالفاظ التي هي ركن عقد العارية لا كل
لفظ يذكر في صورة العقد قوله يعني ان الضمان اما ان يجب بالعقد
او بالقبض او بالاذن اقول ما فعله الشارح ههنا امر عجيب
حيث اسند الى المص منع احتمال ان يكون كل من العقد والقبض والاذن
سببا للضمان ولا يذهب على ذي مسكة ان العقد مما يمكن ان يكون سببا
لوجوب المال كما في عقود المعاوضات من البيع وما يضاهيه والقبض
ايضا كذلك كما في الغصب واما الاذن فهو مظنة دفع الضمان ومئنة رفع
وجوب المال فكيف يخطر بالبال ان يكون سببا للضمان حتى يدفع ذلك

ان قيل

ان قيل ان الشارح اغتر بظاهر ما فعله المص من نظمه الاذن في سلك
العقد والقبض حيث قال ولنا ان اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان
ثم قال والقبض لم يقع تعديا والاذن وان ثبت فتوهم من
هذا ان يكون مراد المص دفع احتمال ان يكون الاذن سببا للضمان
كما ان مراده من ذكر اللفظ والعقد دفع احتمال كونهما سببا له
قلت قد تنبه هو ان يكون المراد من ذكره الجواب عن قول الخصم والاذن
ثبت ضرورة الانتفاع على ما نص عليه بقوله قوله والاذن جواب عن قوله
والاذن ثبت ضرورة الانتفاع وغاية ما يمكن ان يصار اليه ههنا
هو ان يقال انما ذكر عدم كون الاذن سببا للضمان مبالغة في بيان
عدم الضمان وتاكيدا في انتفاء اسبابه ههنا كانه قال كيف يجب الضمان
في العارية وليس فيها الا العقد والقبض والاذن وليس شيء منها سبب
الضمان فيكون قريبا من قول الشاعر • ولا عيب فيهم غير ان سيوفهم
بهن فلول من قراع الكتائب • ويكون اسناده الى المص بقوله يعني
بطريق جعله قايلا لذلك بلسان الحال ولا يخفى ما في ذلك كله من البعد
ويمكن ايضا ان يقال ان منافع الغصب في غير الوقف ومال اليتيم غير
مضمون وليس ذلك الا لعدم الاذن فتامل قوله تقرير القول
بالموجب الى قوله لكن القبض ايضا لم يكن الا للانتفاع اعترض عليه
بعض الاجلة حيث قال للخصم ان يقول اذا لم يكن القبض ايضا لضرورة
الانتفاع كان صحة القبض مقدرة بقدر الضرورة والضرورة
انما هي في حالة الاستعمال فالاظهر في الجواب عن قول الشافعي والا ذن
يثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه طريقة المنع لا القول
بالموجب وقد افصح عنها صاحب غاية البيان حيث قال والجواب
عن قوله والاذن بقبض العين يثبت ضرورة الانتفاع قلنا لما مست
الحاجة والضرورة الى اظهار الاذن بالقبض في غير حالة الانتفاع
مست الضرورة الى اظهار الاذن بالقبض في غير حالة الانتفاع ايض

وهي حالة الامساك **اقول** فيه بحث اما اولا فلانه لم يجوز ان يكون حاصل الجواب على تقدير الحمل على المحمل الذي اختاره الشارح ان يقال كما ان الاذن لما يثبت ضرورة الانتفاع يتقدر بقدرها فيكون عدمًا في غير حالة الضرورة كذلك القبض ليس الا ضرورة الانتفاع فيكون عدمًا فيما وراء الضرورة فيكون في غير حالة الانتفاع كانه ليس بقبضه ومدار التضمين عند الشافعية هو القبض كما يفصح عنه قوله قال الشافعي يضمن لانه قبض مال غيره وفيه ما فيه فليتامل واما ثانيا فلان ما ذكره صاحب غاية البيان ليس على طريقة المنع كما توهمه بل على طريقة الموجب فان فيه تسليم ان يكون الاذن بالقبض ضرورة الانتفاع نهاية الامر ان فيه اظهار تلك الضرورة في غير حالة الانتفاع ايضًا فتدبر **قوله** لان المأخوذ بالعقد له حكم العقد فصار كالمأخوذ بالعقد **اقول** الباء في قوله المأخوذ بالعقد له حكم العقد فصار كالمأخوذ بالعقد بمعنى في بقرينة قول المص فالمعنى ان المأخوذ في صدر العقد له حكم المأخوذ بنفس العقد فصار المقبوض على سوم الشراء كالمأخوذ بنفس عقد الشراء فالضمير المستتر في قوله فصار راجع الى المقبوض على سوم الشراء المبحوث عنه وانما صح تفريع كون المقبوض على سوم الشراء كالمأخوذ بالعقد لان المقبوض على سوم الشراء مأخوذ في صدر العقد وهذا مع ظهوره جدا قد خفي على بعض الاجلة فقال ما قال وما ذا بعض الحق الا الضلال **قال** واما الثاني فلانه خلاف مقتضى الاجارة فانه عقد لازم لقائل ان يقول هذا على تقدير ثبوت اجارة ضمنية فلا يجب ان يكون كالاجارات العقد وكم من شيء يثبت ضمنًا ولا يثبت قصدًا فتامل **قوله** اما الاول فلانه يكون بتسليط المعير ومن مقتضيات عقد العارية فلا يقدر على الاسترداد الى انقضاء مدة الاجارة **اقول** لا يخفى ما في هذا التقرير من التقصير لان عدم قدرة المعير على الاسترداد الى انقضاء مدة الاجارة من غير حاجة الى خلط

كوه

كون ذلك بتسليط المعير ومن مقتضيات عقد الاجارة وما ذكره من كونه بتسليط من المعير وجه لترجيح احتمال اللزوم على احتمال عدمه لا سبب لعدم الاسترداد على احتمال اللزوم كما افصح عنه المص حيث قال ولانا لو صححناه لا يكون الا لازمًا زمنا
لانه يكون بتسليط من المعير فانه اذا كان المستعير يقدر على الايجار الذي يكون بتسليط من المعير فانه اذا كان المستعير يقدر على الايجار الذي يكون الاجارة مقتضى عقد العارية واذا كان الاجارة مقتضى عقد العارية يكون المعير بالاعارة راضيًا بما هو من مقتضياته ومنها الاجارة فتكون الاجارة بتسليط المعير بقي ههنا شيء وهو انه جاز ان يختار الاحتمال الاول وهو اللزوم ويجاب عما ذكره من زيادة الضرر بالمعير من جهة عدم قدرته على استرداد العين بانه يمكن دفع ذلك الضرر بتجويز استرداده اياها متى اراد بان يجعل طلب المالك عذرًا في فسخ عقد الاجارة الواقع بين المستعير والمستأجر فان الاجارة وان كان عقدًا لازمًا لكنه يفسخ بالاعذار ولا يكون ذلك قادحًا في لزومه ولزوم زيادة الضرر بالمالك من الاعذار المبيحة للفسخ الا ان يقال ما ذكره من عدم قدرة المالك على استرداد العين انما يعد ضررًا مبيحًا للفسخ اذا لم يكن للمالك مدخل في تلك الاجارة وقد ذكروا ان تلك الاجارة على تقدير جوازها يكون بتسليط من المالك لكنه يقال ان لم يكن تلك الاجارة بتسليط من المالك يدفع ضرورة بان يجعل طلبه عذرًا في الفسخ وان كان بتسليطه فهو ضرر مرضي ولا ضير فيه فتامل والله الموفق **قوله** وله ان يعيره اذا كان يختلف باختلاف المستعمل **اقول** قدرة المستعير على اعارة المستعار لغيره على وجهين احدهما ان يكون مخيرًا في اول الامر بين انتفاعه منه بنفسه وبين اعارته لغيره على وجه ينتفي جواز الوجه الاخر عند اختياره احد الوجهين وذلك يكون فيما يختلف باختلاف المستعمل عند اطلاق الاعارة كما يشير اليه المص بقوله فلو استعار دابة ولم يسم له شيئًا له ان يحمله ويعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وت
وله ان يركب ويركب غيره وان كان الركوب مختلفًا لانه لما اطلق فله ان يعين حتى لو ركب نفسه ليس له ان يركب غيره لانه يتعين ركوبه انتهى والاخر ان يكون مخيرًا دائمًا بان يكون له ان ينتفع منه بنفسه بعد ان اعاره لغيره ويكون له

ان يعيره لغيره بعد ان انتفع منه بنفسه وذلك في صورة الاطلاق الا فيما
لا يختلف باختلاف المستعمل والظاهر من قوله وله ان يعيره القدرة على الاعارة
بهذا المعنى كما هو المتبادر من الاطلاق وبه يظهر وجه قول المص وهذا اذا صدرت
الاعارة مطلقة يعني ان قدرة المستعير على اعارة المستعار لغيره قدرة مطلقة
سواء كان بعد انتفاعه بنفسه او قبله معينة بكونه الفعل مما لا يختلف باختلاف
المستعمل اذا صدرت الاعارة مطلقة فيندفع به ما اورده بعض الاجلة بقوله
فيه اشكال لان المذكور في الكتاب هو ان للمستعير ان يعير المستعار
اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل فمعناه ان للمستعير ولاية الاعارة
فيها اذا كان المستعار مما لا يختلف باختلاف المستعمل وقد تقرر في عامة الكتب
حتى المتون ان اختصاص ولاية الاعارة للمستعير بنفسه واما اذا صدرت
مطلقة فللمستعير ولاية الاعارة مطلقا اي سواء كان المستعار مما يختلف
باختلاف المستعمل او مما لا يختلف الى قوله فقول المص وهذا اذا صدرت الاعارة
مطلقة ان اريد بكلمة هذا الاشارة الى ما قاله عامة الشراح كما هو الظاهر
انما يتم لو لم يكن ما ذكر في الكتاب فيما قبل مقيدا بقوله اذا كان مما يختلف باختلاف المستعمل
انتهى ووجه الاندفاع ان الاعارة اذا اصدرت مطلقة فللمستعير ولاية
الاعارة مطلقا سواء كان المستعار مما لا يختلف باختلاف المستعمل لكنه يكون
معنى قدرته على الاعارة فيما يختلف باختلاف المستعمل قدرته على ذلك اولا
حتى لو اختار فيه ان ينتفع منه بنفسه لا يكون له ان يعيره لغيره وقدرته
على الاعارة مطلقا اي سواء كان قبل اختياره الانتفاع منه بنفسه او بعده
فيما اذا صدرت الاعارة مطلقة فليس الا فيما يختلف باختلاف المستعمل
فوجه ما ذكره المص مع كون المشار اليه مقيدا ظاهر غني عن البيان وانما
الكلام في وجه جعل ذلك الحكم المقيد بحكم الاعارة المطلقة مع جريانه في صورة
في صورة التقييد بانتفاع المستعير منه بنفسه فالصواب ان يقال في المناقشة
ان المفهوم معتبر في الروايات والحكم المقيد المشار اليه بهذا في كلام المصنف
يوجد في صورة التقييد بانتفاع المستعير منه بنفسه وليس بمخصوص بصورة

لاطلاق

الاطلاق لان ذلك الحكم المقيد ليس بجار في صورة الاطلاق قال الشراح
كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة اعترض عليه بعض الاجلة حيث قال في اكثر
هذه الامثلة اشكال اما في مثال الحمل فلانه وان كان مطابقا لما ذكره المص في
آخر هذه المسئلة بقوله فلو استعار دابة ولم يسم شيئا له ان يحمل ويعير غيره للحمل
لان الحمل لا يتفاوت انتهى الا انه مخالف لما يجيء في كتاب الاجارات فيما باب ما يجوز
من الاجارة وما لا يجوز من ان الحمل كالركوب واللبس مما لا يختلف باختلاف المستعمل
وحكمه حكمه عند الاطلاق والتقييد كما ستطلع عليه وقد اضطرب كلام الفقهاء
في عامة المعتبرات في شان الحمل حيث قالوا في كتاب العارية انه مما لا يتفاوت
وقالوا في كتاب الاجارات انه مما يتفاوت وممن ظهر المخالفة بين كلاميه في المقامين مبين
صاحب الكافي فانه قال ههنا سواء كان المستعار شيئا يتفاوت الناس في
الانتفاع به كاللبس في الثوب والركوب في الدابة او لا يتفاوت في الانتفاع
به كالحمل على الدابة وقال في الاجارات ويقع التفاوت في الركوب واللبس والحمل
مما لا يبين لا يصير المعقود عليه معلوما فلا يحكم بجواز الاجارة انتهى واما
في مثال المزارعة فلانه سيجيء في كتاب الاجارات في الباب المزبور انه لا يصح عقد
الاجارة في استيجار الاراضي للمزارعة حتى يسمي ما يزرع فيها لان ما يزرع
فيها متفاوت فلابد من التعيين لئلا تقع المنازعة **اقول** هذا خبط واضح
وخطاء فاضح لا ينبغي صدور مثله عن العاقل فضلا عن مثل هذا الفاضل
ومفاسد قلة التامل وقصور الاذعان مما لا يحيط به نطاق البيان توضيح
ذلك ان الحمل والزراعة مما يتحقق فيه التفاوت باعتبار المحمول والمزروع
فان حمل قفيز من الملح والحديد اضر على الدابة من حمل مقدار ذلك من الحنطة و
الشعير على ما ذكروا وكذلك الرطاب اضر بالارض من الحنطة لانتشار عروقها
وكثرة الحاجة الى سقيها فكل ما ذكر مما يشعر بكون الحمل والزراعة مما يتفاوت
فهو محمول على ما ذكرنا من التفاوت باعتبار المحمول والمزروع والمراد ههنا من
عدم كونهما مما لا يتفاوت عدم التفاوت فيهما باعتبار من يحمل ويزرع فان المحمول
اذا كان خمسة اقفزة من حنطة مثلا فلا فرق بين ان يحملها على الدابة زيد او عمرو

وكذا اذا كان المحمول قنطارا من الحديد او الملح لا يتفاوت الامر بين ان يحملهما
زيد او عمرو وكذا في الزراعة فان المزروع اذا كان حنطة او رطابا لا فرق بين
ان يزرعها زيد او عمرو فعليك بالتامل التام مستمدا من ولي الالهام **قوله**
وجه الاستحسان انه لا فائدة للمالك في تعيين الحنطة اعترض عليه بعض الافاضل
حيث قال ما ذكره في وجه الاستحسان منتقض بالوكيل بالبيع بالف درهم اذا باع
بالف دينار فانه لم ينفذ بيعه على ما صرحوا به مع ان ما ذكروا في وجه الاستحسان
ههنا جار هناك ايضا بعينه فينبغي ان ينفذ بيعه ايضا **اقول**
لا ينبغي ان يصدر مثل هذا الكلام عمن له ادنى ممارسة بهذا الفن فانه يجوز
ان يتعلق غرض الموكل بجنس الدراهم دون الدنانير كيف وقد دار اشتراط الترا ض
في التجارات كلها على ما افصح عنه قوله علت كلمته الا ان تكون تجارة عن تراض
ليس الا لذلك وعن هذا لا يجوز لاحد ان يأخذ من آخر ثوبا يساوي عشرة دراهم
ولو بمائة الف درهم الا برضا المأخوذ منه الا ترى ان ذلك الثوب ربما يدفع
عند الهلاك بسبب البرد في زمان ومكان لا يوجد فيهما ما يدفع عنه سوى ذلك
الثوب فهو اذ ذاك لدفع الهلاك خير من ملء السماء والارض ذهبا **قال**
او لان من قضية الاعارة الانتفاع اعترض عليه بعض الاجلة حيث قال ان هذا
التعليل خال عن التحصيل لان حقيقة الاعارة منتفية في عارية الدرا هم
والدنانير والمكيل والموزون والمعدود اذ قد صرحوا في صدر كتاب العار ية
ان من شرطها كون المستعار قابلا للانتفاع به مع بقاء عينه وان الاشياء
المذكورة لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها فيفقد حقيقة الاعارة فيها
فجعلناها كناية عن القرض الى قوله فاذا لم يتحقق حقيقة الاعارة ولا حكمها
في عارية هذه الاشياء فلا تأثير فيها اصلا لان يكون من قضية الاعارة
الانتفاع ورد العين ولا لاقامة رد المثل مقام رد العين نعم يفهم من
مضمون هذا التعليل مناسبة في الجملة بين العارية والقرض صالحة لان يجعل
لفظ الاعارة في مسئلتنا مجازا او كناية عن الاقراض ولكن الكلام في صلاحية
ذلك لان يكون علة لاصل المسئلة كما هو الظاهر من اسلوب التحرير **اقول** فيه

بحث

بحث من وجهين اما اولا فلان مراد المص بيان يجعل لفظ الاعارة كناية عن
القرض طريقين احدهما ان يقال ان العارية يقتضي تمليك المنفعة وههنا
لما لم يمكن الانتفاع من غير اهلاك العين وجب القول بتمليك العين وتمليك
العين طريقان القرض والهبة والقرض ادناهما فوجب القول به والطريق
الاخر ان لفظ العارية يقتضي اخذ المستعير العين ثم ردها الى المعير وفي الد راهم
والدنانير وامثالهما انه لم يقدر على رد المستعير العين المأخوذة بعينها
لتوقف الانتفاع بها على استهلاكها فهو يقدر على رد ما هو مثلها من جميع
الوجوه فوجب القول به على الا بما نقرر من ان ما لا يدرك كله لا يترك كله وبالجملة
ان لجعل لفظ العارية في امثال الدراهم والدنانير كناية عن القرض الذي
هو عبارة عن اخذ المكيل والموزون واستهلاكها ثم رد مثلها وجهين احدهما
ان يجعل لفظ العارية تمليكا للعين فيقال ان تمليك العين قد يكون ببدل
وبلا بدل والاول هو التمليك ببدل فيجب رد المثل ولا دخل للفظ العارية
ايضا بان يقال العارية في الاصل تقتضي اخذ العين ورده بعد الانتفاع
وههنا لما لم يمكن رد ذلك العين وجب رد مثلها فما ذكره المص من الطريقين صالحان
لان يكونا علة لوجوب رد المثل على المستعير فلا غبار في كلامه اصلا والعجب انه لا مثل
يتعلق الى جعل الوجه الثاني وجها لا وجها مستقلا حيث قال بعد شرح الوجه
الاول وهذا لان حكم العارية وجوب رد العين بعد الفراغ من الانتفاع الى ان
ههنا شيء وهو ان المص جعل ههنا عارية الدراهم والدنانير قرضا واراد به
ان المأخوذ يكون ملكا للمستعير ويرد للمعير غيره وحاصله ان في عارية الدراهم
والدنانير يكون المردود غير المأخوذ وقد جعل في بعض المواضع القرض عارية بمعنى
ان المردود في القرض عين المأخوذ منها ما ذكره في كتاب الصلح حيث قال وان لم يكن
سلما وكان قرضا فامر بقبض الكر جاز لان القرض اعارة ولهذا ينعقد بلفظ الاعارة
فكان المردود مطلقا ومنها ما ذكره قبيل باب الربوا حيث قال وكل دين حال اذا
اجله صاحبه صار مؤجلا الا القرض فان تأجيله لا يصح لانه اعارة وصلة انتهى وفي
الجواب عن هذا ان المردود في القرض غير المأخوذ حقيقة وعن هذا قال ههنا وعارية

الدراهم والدنانير قرض وكنه غير القرض المأخوذ حكما لانه يلزم تمليك الشيء
بجنسه نسيئة وهو المراد في الموضعين المذكورين **قال** ضمن المعير ما نقص
البناء والغرس بالقلع قال صاحب العناية اي نقصان البناء على ان ما مصدرية
ويجوز ان يكون موصولة بمعنى الذي فعلى هذا يكون البناء والغرس منصوبين
وعلى الاول يكونا مرفوعين قال بعض الاجلة لا يظهر وجه صحة كون البناء والغرس
منصوبين ههنا لان الذي نقص البناء والغرس انما هو القلع فيكون المعنى على تقدير
نصب البناء والغرس ضمن المعير قلع البناء والغرس انتهى **اقول** دائرة الايراد
على الفهم لا على المفهوم فان مبنى ايراده على ان يكون ضمير الفاعل في نقص راجعا الى
ما والظاهر ان مراده ليس كذلك بل الضمير فيه راجع الى المعير الذي نقص البناء
والغرس بالهدم والقلع والضمير العائد الى ما الموصولة محذوف وما الموصولة عبا ق
عن المبلغ فالتقدير ضمن المعير المبلغ الذي نقص البناء والغرس بمقداره او التقدير
ضمن المعير المبلغ الذي نقصه من البناء والغرس فالبناء والغرس على نصب نزع الخا فض
فتامل ويجوز ان يراد مما نقص البناء والغرس الاجزاء التي تتلاشى وتزول
بالقلع والهدم فانه لنقصان البناء لما يستنير المعير زاد في امثال ذلك
قد يسمى الزائل الغايت نفسه ناقصا وقد يسمى الباقي بعد الزائل الغايت فيكون
المعنى ان المعير يضمن اي يؤدي قيمة الاجزاء التي تزول اثناء القلع والهدم
ويصير سببا لنقصان البناء والغرس اذ لم ينتقض بعض الاجزاء فلا شك
انه تزول بجز او صائد فالذي يؤديه المعير يكون ضمان ذلك الوصف الذي
صار فواته سببا لنقصان فوات النحو ولا يبعد ان يقال مما نقص البناء و
الغرس القدر الذي ينتقص من قيمتهما فان بنقصان ذلك القدر صار البناء
والغرس موصوفا بالنقصان فتدبر **قوله** يكون قيمة النقص دينارين
يرجع بهما قال صاحب الكفاية وتاج الشريعة في هذا المقام بدل قول الشارح يرجع
بهما يرجع بثمانية دنانير فاعترض المحشي المشهور بيعقوب باشا اخذا من كلامهما
على كلام الشارح حيث قال فيه كلام فان القلع ما نقص دينارين بل نقص ثمانية دنا نير
فينبغي ان يرجع بها فاجاب عنه الجد الفاضل رحمه الله تعالى حيث قال الظاهر ان قوله

قيمة

قيمة النقص من اضافة الموصوف الى الصفة اي القيمة المنقوصة وقال بعض الاجلة
في الجواب **اقول** لعل صاحب العناية اراد بقيمة النقص نقصان القيمة على طريقة
القلب ولا يخفى انه اذا كان نقصان القيمة بالقلع دينارين كان التفاوت
بين القيمتين بدينارين فيرجع بهما قطعا واما صاحب الكفاية وتاج الشريعة
فكانهما اراد بقيمة النقص معنى قيمة الناقص واذا كان قيمة الناقص بالقلع دينا رين
يكون التفاوت بين القيمتين بثمانية دنانير الخ **اقول** لا حاجة في توجيه كلام
المص الى حمله على اضافة الصفة على الموصوف ولا على القلب بل الظاهر انه
اراد بقيمة النقص قيمة الجزء الناقص الذي فات بالقلع دينارين فيرجع بهما
والواقع في كلام صاحب الكفاية وتاج الشريعة هو النقض بالضاد المعجمة
وكسر النون بمعنى المنقوض واذا كان قيمة البناء اولا عشرة دنانير ثم صار
قيمة الانجاد والانجاد المنقوضة دينارين يكون التفاوت بينهما بثمانية
دنانير فيرجع بها ولا يبعد ان يكون الواقع في كلامهما ايضا النقص بالمهملة
ويكون مرادهما من قيمة النقص قيمة الناقص لكن يريدان من الناقص الباقي بالقلع
فانه يسمى ايضا ناقصا كما اذا اخذت مائة دراهم من الالف جاز لك ان تسمي
تلك المائة المأخوذة ناقصا حيث زال وانتقص وان تسمي الباقي وهو
تسعمائة ناقصا حيث نقص من الالف فتامل واصاب الشارح رحمه الله تعالى
في الحمل على الصورة التي حملها عليها وعدوله عما ذكره ذلك الشارحان
لان الغالب ان يكون قيمة الباقي بعد القطع اكثر من قيمة الناقص ثم ان
ذلك الفاضل الجليل اعترض على ما اختاره الجد الفاضل رحمه الله حيث
قال ليس هذا بسديد اذ لا يجوز اضافة الموصوف الى الصفة الى قوله
على ان النقص فيما نحن فيه لا يصلح لان يكون صفة للقيمة الا بعد ان
يجعل مجازا عن المفعول فيكون بمعنى المنقوضة وهذا تعسف بعد تعسف
كما نظن ان النقص يبقى على معناه المصدري في الوجه الذي اختاره
وليس كذلك فان الدينارين لا يكون نقص القيمة بالمعنى المصدري فانه
امر معنوي لا يتصف بالدينارات فالنقص في ذلك الوجه ايضا مجاز عن الفاعل

ان فرض مصدراً عن النقض اللازم وبمعنى المفعول اذ فرض مصدراً عن النقض المتعدي
فتامل **قوله** والعين لكونه متبوعاً اولى **اقول** لا اولوية العين وجهه
ظاهر غير متبوعيته وهو بقاؤه وسرعة فناء المنافع على ما اشار اليه
المص في كتاب الغصب حيث قال ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه الى قوله
ولانها لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها وبقاء الاعيان انتهى ثم **اقول**
لا حاجة في دفع المعارضة المذكورة الى اثبات رجحان منفعة الموجر لان الا ضل
المطرد ان يجب مؤنة الملك على صاحب المنفعة والكسوة واجرة الرد وامثالها على
المالك وانما عدل عنه في العارية ووجب اجرة الرد على المستعير لنوع
استحسان حيث ينتفع المستعير بالعين مجانا ولا ينتفع المعير في ذلك الزمان مان
فلو اوجبنا اجرة الرد على المعير لكان يتضرر المعير جدا ولما كان المالك ايضاً
منتفعاً في صورة الاجارة بالاجرة لم يوجد فيها وجه الاستحسان فعملنا بالاصل
المطرد فاوجبنا مؤنة الرد على المالك هذا واما ما ذكره بعض الاجلة اعتراضاً
على الجواب المذكور بقوله والاجرة لا يجب ان يكون عينا البتة اذ قد صرحوا
في كتاب الاجارات بان الاجرة قد يكون عينا وقد يكون دينا وقد يكون منفعة
من خلاف جنس المعقود عليه فلم يصح القول بان منفعة الاجر عين على الكلية
فلم يتم الجواب انتهى فمدفوع بان الكلام في بيان وجه ترجيح ايجاب مؤنة الرد
على الموجر على ايجابه على المستاجر ودفع غائلة التحكم على ايجابه على احدهما وفي
ذلك يكفي كون منفعة الموجر عينا في بعض الصور دون منفعة المستاجر
على ان صورة كون الاجرة منفعة ليس مما نحن فيه اصلا فان هنالك
عينين يجب تسليم كل منهما الى من في يده الاخرى فكل من المتعاقدين موجر من وجد
ومستاجر من وجه وانما الكلام فيما تعين فيه الموجر والمستاجر فتامل
ثم انه يرد عليه ان ما بين في قوله وقد يكون دينا نقض قولهم ان منفعة الاخر
عين فجوابه ظاهر فانهم ارادوا بالعين ما يقابل المنفعة لا ما يقابل الدين بن
فتدبر **قوله** وفي الترك مراعاة الحقين قيل في الكافي ولو استعارها
ليزرعها لم تؤخذ منه الارض حتى يحصد الزرع وقت او لم يوقت استحسانا

لان لادراكه وقتا معلوما فكان في الترك مراعاة الحقين فكان اولى من القلع
ولان في قلع الزرع ضررا بالمستعير في ابطال ملكه وفي الترك في يد المستعير
ضررا بالمعير حيث تاخر حقه وضرر الابطال فوق ضرر التاخير بخلاف البناء
والغرس لانه ليس لهما امد معلوم فيكون ضررا من الجانبين ضرر ابطال الحق فرجحنا حب
الاصل على صاحب التبع هذا كلامه ولا يخفى ان آخر كلامه يشير الى ان الارض
تترك في يده بلا اجر اذ لو تركت لم يكن في الترك ضرر بالمعير اصلا لجبران حقه
بالاجر بخلاف ما اذا لم يترك حيث يبطل حق المستعير الى الخلف واول كلامه
من قوله فكان في الترك مراعاة الحقين يشير الى ان الارض تترك في يد المستعير
باجر الى **اقول** لا نسلم عدم الضرر بالمعير على تقدير ابقاء الارض في يد
المستعير باجر كيف وابقاء ملكه في يد الاجير بعدما استرده لنفسه ضرر عظيم
عليه ومجرد ايجاب الاجر له لا يقتضي انتفاء الضرر اذ لو اقتضى ذلك لكان
لكل واحد ان ياخذ ملك الآخر جبرا او ينتفع به باجر وليس كذلك قطعا ثم **قال**
وايضا رتب الشيخ رحمه الله تعالى مراعاة الحقين على كون التاخير الى وقت معلوم
تاثير في مراعاة الحقين **اقول** كون التاخير الى وقت معلوم سبب للتاخير
باجر كالبناء والغرس والتاخير باجر سبب لمراعاة الحقين فتامل **قوله**
وصار كرد المغصوب والوديعة الى دار المالك من غير تسليم اليه لان الواجب
على الغاصب الخ قال الجد الفاضل رحمه الله تعالى فيه بحث فان هذين التعليلين
يتضمنان التنبيه على الفرق بين المقيس والمقيس عليه ولا يناسب ذكرهما هنا
اقول لقائل ان يقول الفارق بينهما هو العرف وعدمه فلا ضير فيما فعله رحمه الله تعالى
وفيه ما فيه **قال** ولو ارتضاه لما اودعه اياه فيه انه يجوز ان لا
يكون حين الايداع في عياله فتدبر **قوله** لا يملك الاعارة قصدا **اقول**
احترازا عن الايداع الثابت في ضمن الاعارة فانه قاد رعليه في بعض الصور على ما سبق
قال وقال البعض يملك لانه دون الاعارة **اقول** يمكن توجيهه
بوجهين احدهما ان الشيء لا يتضمن ما فوقه ويتضمن ما دونه وفي تضمنه لمثله
روايتان والوديعة دون العارية فالمستعير بالعارية التي جرت فيه

وبين المعير يقتضي الايداع الذي هو دون العارية والثاني ان المستعير يملك الاعارة على ما سبق والوديعة دونها فيملكها بالطريق الاولى **قال** بانقضاء الاعارة لانقضاء المدة **اقول** يرد على ظاهره ان هذا التأويل لا يجري الا فيما اذا كانت الاعارة موقتة وارسل المستعير العارية بعد انقضاء مدتها الآن يكون المراد بانقضاء المدة انقضاؤها بفراغ المعير عن الا نتفاع **قال** فاذا اودعه وفارقه ضمن بالاتفاق **اقول** انما قيد بالمفارقة لما سبق في اواخر كتاب الوديعة حيث قال ولا يجوز انه قبض المال من يد امين لا بالدفع لم يضمن ما لم يفارقه لوجود ما هو المقصود من حفظه بحضرة رأيه وتدبيره لا حفظ لصورة يده وهذا لو دفع الى من يحفظه بحضرته كعياله فهلك عنده لم يضمن بالاتفاق

كتاب الهبة

قال بعض الاجلة ذكرنا وجه المناسبة في الوديعة وهو الترقي من الادنى الى الاعلى **اقول** فيه مساهلة فان ما ذكره من الترقي هو وجه الترتيب لا وجه المناسبة وانما وجه المناسبة بين العارية والهبة كون كل منهما تمليكا تاما ثم قال ولان العارية كالمفرد والهبة كالمركب لان فيها تمليك العين مع المنفعة **ثم اقول** يرد عليه ان النظر الى هذا الوجه يقتضي تأخير الهبة عن الاجارة ايضا فان الاجارة كالعارية تمليك المنفعة وحدها فهي بمنزلة المفرد والهبة تمليك العين فهي بمنزلة المركب ولا يجدي ههنا كون الاجارة اقوى لكونها لازمة لان الكلام في توجيه الترتيب بوجه آخر غير قضية الترقي فالذي يمكن ان يصار اليه في دفع هذا الايراد اما منع لزوم الانعكاس والاطراد في امثال هذه الوجوه واما ان يقال ان في الاجارة مركبا من وجه آخر وهو ان البدل فيها من الجانبين بخلاف الهبة **قوله** وهي في اللغة عبارة عن ايصال الشيء الى الغير بما ينفعه قال الله تعالى فهب لي من لدنك وليا **اقول** الظاهر ان مراده من ذكر الآية الكريمة بطريق الاستيناف اثبات ما تضمنه كلامه السابق من دعوى عموم الهبة لغة لايصال غير المال ولا يذهب عليك انه لو قام على ذكره دليلا من كتب اللغة لكان انسب لان استعماله في الآية الكريمة في غير المال لا يدل على عمومه لغة لجواز ان يكون استعماله فيها بطريق التجوز الا ترى ان البيع والشرا في اللغة مخصوصان بتمليك المال وقد قال الله تعالى ولقد علموا لمن اشتراه ما له في الآخرة من خلاق ولبئس ما شروا به انفسهم لو كانوا يعلمون وقال الله تعالى ومن الناس من يشري نفسه ابتغاء مرضات الله وقال الله تعالى ان الله اشترى من المؤمنين انفسهم واموالهم وقال الله تعالى اولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى الآيات وفيه ما فيه **قوله** وفي الشريعة تمليك المال بلا عوض **اقول** الظاهر ان المراد من كونه تمليكا بلا عوض انه لا يتوقف تحققه الشرعي على وجود العوض فان تحقق التمليك فيهما ايضا لا يتوقف على ذكر العوض اشتراطا حقيقيا شرعيا بحيث لو فرض عدم اشتراط العوض فات كون ذلك العقد عقد هبة شرعا وانما نشأ الاشتراط من ذكر العاقدين اياه فهو شرط جعلي له قال المولى الشهير

أي ان عدم العوض ... فيه ينتقض ... بشرط العوض ... لا يخفى ما فيه فانه ... ان الضمير ... التمليك ... بلا عوض ... [illegible]

بحسب وأي بلا شرط عوض منع فينتقض طردا بالبيع كما ذكره بعض الاجلة لا يقال
لم لا يجوز ان يكون مراد ذلك المجيب بقوله بلا شرط عوض ان الهبة مقيدة
بعدم اشتراط العوض اشتراطا شرعيا بالمعنى الذي ذكرناه لا بعدم العوض
نفسه والعوض في الهبة بشرط الهبة ليس مشروطا اشتراطا شرعيا بالمعنى
المذكور فيؤل الى الجواب المذكور سابقا قلت لا مساغ لذلك فانه ما ذكره
في مبحث الهبة بشرط العوض ينادي باعلى صوت بان الهبة بيع البيع حيث
قال ولنا انه يعني الهبة بشرط اشتمل على جهتين فيجمع بينهما مهما امكن عملا
بالشبهين فان قلت الهبة تمليك عين بلا عوض والبيع تمليك عين بعوض
فكيف يجمع بينهما الى قوله وقد عرفت ان معنى كونهما تمليكا بلا عوض كونها
تمليكا بلا شرط عوض لا بشرط عدم العوض فلا ينافي كونه بيعا انتهى وقد نبهنا
في تقريرما ذكرناه من الجواب ان الهبة ليس كالبيع فظهر ان ليس مراده مرادنا
وبهذا ظهر ان الموطأ المذكور لم يزهب عليه لزوم شمول تعريف الهبة للبيع على
تقدير حمل قوله بلا عوض على المحمل الذي حمله عليه نهاية الامر انه لم يعده محذورا
فتأمل بقي ههنا شيء وهو ان حمل قوله بلا عوض على المعنى الظاهر المتبادر منه
وهو اشتراط عدم العوض ليس بمحذور عندي فانه لا بأس في خروج الهبة
بشرط العوض عن تعريف الهبة لانه عند زفر والشافعي بيع ابتداءً وانتهاءً
وعندنا هبة ابتداءً وبيع انتهاءً فلما كان ذا حظ من العقدين جاز دخاله في كل
منهما وانت خبير بان التعريف الذي ذكره المص للبيع ينتظمه فاذا اختار المص
ادخالها في تعريف البيع لا يكون بأس في اخراجها عن تعريف الهبة لانه احد الجائزين
بل هو الراجح لان جهة كونها بيعا متفق عليه ولانه بيع معنى والعبرة عند
الحذاق للمعاني دون الصورة لا يقال ايراد ذكرها في كتاب الهبة دليل على ان
مختار المص كونه هبة فيجب ادخالها فيها قلنا ذلك الوضع ايضا من المص من
قبيل توفير حظ الشبهين حيث ذكرها في كتاب الهبة رعاية لجهة كونها بيعا
واعترض بعض الاجلة على التعريف المذكور بوجه آخر حيث بقي في التعريف
المذكور شيء وهو انه يصدق على الوصية بالمال فانها ايضا تمليك المال

بلا

بلا اكتساب عوض فلم يكن مانعا عن دخول الاغيار فلو زاد وا قيد الى الحال فقالوا
هي تمليك المال بلا عوض في الحال لخرج ذلك فان الوصية تمليك بعد الموت لا في الحال
اقول لقائل ان يقول ان الوصية بالمال قسم من اقسام الهبة ذكرت
مع سائر الوصايا في آخر الكتاب لمناسبة انتهاء الاحكام المتعلقة باخر احوال
الآدمي كما ان العتق في المرض من مسائل كتاب العتاق مذكور في الوصايا وكذلك
بيع المكره من مسائل كتاب البيع مذكور في كتاب الاكراه وكذلك الشهادة بالزنا
داخلة في مسائل الشهادات مذكور في كتاب الحدود والصرف داخل في
تعريف البيع غير مذكور في كتاب مستقل لنوع اعتبار كحالة الكفالة بالنسبة
الى الطب الى غير ذلك ويؤيد هذا ما ذكره صاحب الكفاية في شرح قول المص
بخلاف الوصية حيث قال وجه الايراد ان هذا عقد هبة فوجب الملك
قبل القبض قياسا على الهبة بعد الموت وما ذكره تاج الشريعة حيث
قال يعني انها تثبت بدون القبض وهي هبة متعلقة بالموت الخ على ان
المناقشة المذكورة على تقدير ورودها ترد على تعريف العادية ايضا
بتمليك المنافع بلا عوض فان الوصية كما يكون بالعين يكون بالمنافع
قال المص في كتاب الوصايا ويجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره
سنين معلومة ويجوز ابدا فما باله لم يذكرها هناك فتأمل ثم ان في
كلامه قصورا من وجه آخر وهو انه لو فرض لزوم ايراد فيه في الحال
فالمسلك ان المناسب ايراده قبل قوله بلا عوض لان تأخيره يوهم تعلقه
بالعوض فتأمل بقي في التعريف المذكور شيء وهو انه اوثر فيه عبارة
المال على العين وقد عكس صاحب الوقاية ولا يذهب على ذي مسكة
ان ذلك التعريف يشمل الميتة والدم ولحم الخنزير فانها اعيان وليست
اموالا ولا يشمل هبة الدين لان العين غير الدين وهبة الدين ممن عليه
الدين صحيح وكذا ممن غير من عليه الدين عند التسليط فينتقض طردا
وعكسا ويمكن الجواب بان لفظ التمليك مانع عن شمول التعريف لغيرها
لعدم جريان التمليك فيه شرعا وان هبة الدين ممن عليه الدين ابراء

والابراء تمليك من وجه واسقاط من وجه والمراد ههنا تعريف ما هو هبة
وتمليك من جميع الوجوه وان مالية الدين من وجه لانه وصف شرعي
يظهر اثره في المطالبة وانما يصير مالا بعاقبته على ما صرحوا به فهو باعتبار
كونه مالا يكون عينا ايضا يرشدك الى ما ذكرناه ما ذكره الامام برهان
الدين في محيطه حيث قال اذا وهب الدين من غير من عليه الدين وسلط
على القبض جاز استحسانا والقياس لا يجوز لان الدين ليس بمال والهبة
وضعت لتمليك المال فالهبة اضيفت الى غير محلها فلا يصح وانما جاز
هبة الدين ممن عليه الدين بطريق الكناية عن الابراء والاسقاط ولنا
ان الواهب لما امره بالقبض فقد جعله نائبا عن نفسه فيقع قبض الموهوب
له للواهب ثم لنفسه او ان محل الهبة ما بعد القبض وبعد القبض هو
مال يحتمل التمليك بخلاف البيع **قوله** ويصح بالايجاب والقبول
والقبض اما الايجاب والقبول فلانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب
والقبول المفهوم من سياق كلام المص في هذا المقام ان يكون عقد الهبة
كسائر العقود عبارة عن مجموع الايجاب والقبول والمفهوم مما ذكره في
المسائل المتفرقة من كتاب الايمان ان لا يكون القبول ركنا حيث قال
ومن حلف ان يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل في يمينه خلافا لزفر
فانه يعتبره بالبيع لانه تمليك مثله ولنا انه عقد تبرع فيتم بالمتبرع
ولهذا يقال وهب ولم يقبل والذي يصار اليه في دفع هذا التدافع
وجوه احدها انه مبنى الايمان على العرف كما تقرر في موضعه فجاز ان
يعد الايجاب وحده هبة عرفا ويتفرع عليه الحنث في تلك المسئلة
ويكون بالنسبة الى سائر الاحكام كسائر العقود التي لا تنعقد الا بالايجاب
والقبول والثاني ان يكون عدم كون القبول ركنا كما ذهب اليه بعض
المشايخ وتكون مسئلة الحنث على رايهم ويكون مختار المص كونه
ركنا كما يومي الى ذلك قوله في مفتتح كتاب الرهن قالوا الركن هو الايجاب
بمجرده لانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة والثالث

ان ما ذكره ههنا هو القياس وما ذكره في الايمان مبني على الاستحسان كما ذكره
الامام برهان الدين في محيطه حيث قال واذا حلف ان لا يهب لفلان
شيئا فوهب له شيئا فلم يقبل حنث في يمينه استحسانا وهو قول علمائنا
الثلثة رضي الله عنهم وعلى هذا الصدقة والنحلى ووجه ذلك ان الهبة عبارة
عن التمليك بغير شيء لانه لا تمليك فيه الا من جانب الواهب وذلك في قوله وهبت
به لا تعلق له بالقبول وانما القبول لثبوت الملك واشار الى هذا صاحب الكفاية
والكافي حيث قال وانما يحنث اذا حلف ان لا يهب فوهب ولم يقبل لانه
انما يمنع نفسه عما هو مقدور له وهو الايجاب لا القبول انتهى اعترض
عليه بعض الاجلة حيث قال ويرد عليه ان التعليل المذكور للحنث فيما
لو حلف ان لا يهب فوهب ولم يقبل يقتضي ان يحنث ايضا فيما لو حلف ان
لا يبيع فباع ولم يقبل لان المقدور له في كل عقد هو الايجاب لا القبول
مع انه لا يحنث في صورة البيع انتهى قلت مبنى هذا الوهم ظن ان المراد
لك من قدرة العاقد على الايجاب قدرته على التكلم بلفظ الايجاب وليس كذ
بل مرادهم قدرته على انشاء مفهوم الايجاب فان مفهوم الايجاب في الهبة
هو التمليك من جانب بمثابة الاعطاء ومفهوم القبول فيها هو التملك
بمنزلة الاخذ ولا يخفى ان الاعطاء يتحقق من غير اخذ كما بيناه وهذا
المعنى منتف في البيع فان البيع عبارة عن مبادلة المال بالمال فمعنى
فيه بعت بادلت مالي بمالك ولا يذهب عليك ان المفاعلة تتوقف على الطر
ولا يستبد فيه احدهما يرشدك الى ما ذكرنا ما ذكره الاتقاني حيث قال
ولنا ان الهبة اسم للايجاب بملك من جانب واحد وانما يتم بالمالك الحقوله
بخلاف البيع فانه تمليك من الجانبين فلا يتم الا بهما والحاصل ان
كل عقد فيه بدل مال فيحلف عليه لا يوجب الحنث بدون القبول الخ
ثم اقول لا يبعد كل البعد ان يقال في توجيه القول بالاكتفاء بالايجاب وحده
في عقد الهبة مخالفا لسائر العقود ان الهبة في الحقيقة هو مجموع الايجاب
والقبول كما ذكره ههنا الا ان قبول الهبة لما كان نفعا محضا للموهوب له

كما تقرر في الاصول حيث قيل في مبحث عوارض الاهلية واما حقوق العباد
فما كان نفعا محضا كقبول الهبة ونحوه يصح وان لم يأذن وليه وكذا في
الفروع حيث قيل في كتاب الحجر من شروح هذا الكتاب وغيره واما ما يمحض
منها نفعا كقبول الهبة والهدية والصدقة فانه لا حجر فيه على العموم
انتهى وقد شاع بين الفقهاء اقامة الدليل الغالب مقام المدلول
وقع الجزم شرعا بعدم مفارقة القبول عن الايجاب وهذا بخلاف سائر
العقود لان في كل منها احتمال الضرر للعاقد الآخر فيتوقف الحكم على القبول
صراحة كالبيع مثلا فان فيه احتمال الربح والخسران لكل من البائع والمشتري
فيتوقف الامر على تحققهما وكذا الاجارة وكذا الرهن فانه وان كان فيه نفع
للمرتهن من جهة ان فيه استيثاقا الا انه مضمون بالاقل من القيمة والدين
ففيه ضرر للمرتهن من هذه الجهة فلا بد من قبوله وكذا الكفالة فان من الائمة
من ذهب الى ان الكفالة اذا تمت ينتقل الدين من ذمة الاصيل
الى ذمة الكفيل فيحتمل الترافع الى الحاكم يرى ذلك وربما يكون الاصيل اولى واملى
فيتوقف الامر على القبول ليعلم ان الامر كذلك ام لا **قال** وفي اثبات الملك
قبل القبض التزام للشيء الغير المعتبر به وهو تسليم لقائل ان يقول جاز ان
يثبت الملك قبل القبض ولا يجب عليه التسليم بان يجب عليه التخلية والتمكين
كما في المودع وامثاله ولعل مراد الحبر الفاضل تمام ورده على قول السكاكي
لا يقال ان الملك يقع على وجه لا يوجب التسليم لانه لا يفيد اذ فائدة الملك
التمكن من التصرفات وذا لا يمكن الا اذا كان بسبيل من قبضه انتهى بقوله
فيه بحث ما ذكرنا فكانه قال ان التمكن من التصرفات يتأتى بالتمكين و
التخلية ولا يتوقف على التسليم **قال** والقياس ان لا يجوز في الوجهين
لان القبض تصرف في ملك الواهب **اقول** الظاهر ان المراد من الجواز
المبحوث عنه هنا هو كونه سببا للملك الموقوف في باب الهبة على القبض
لا ترتب الاثم عليه ولا يذهب على من له ممارسة بهذا الفن ان التصرفات
في ملك الغير يكون سببا للملك وان كان تصرفا محظورا من تصرفات القبض الا ترى

ان

ان الغاصب اذا احدث في العين المغصوبة صنعة متقومة حتى زال
بها اسمها وعظم منافعها ملكها وكذا اذا غلب الترك على الروم فسبوهم واخذوا
اموالهم ملكوها ولا يخفى ان اخذ اموالهم تصرف في ملك الغير فتأمل **قوله**
ولنا ان القبض بمنزلة القبول **اقول** اثر هذا التعبير على ان يقول
وجه الاستحسان لتحصل الاشارة بطريق الاختصار الى ان تعرض الائمة من اخذ
في هذه المسئلة بوجه القياس وان الاستحسان هو الذي اخذ به ائمتنا فا ندفع
ما اورده الاتقاني بقوله كان ينبغي ان يقول وجه الاستحسان وظهر ما ذكره
العيني بقوله لما كان وجه القياس هو قول الشافعي ووجه الاستحسان قولنا
ناسب ان يقول ولنا وان لم يصرح بذكر الشافعي واضمحل ما توهمه بعض
الاجلة حيث قال ان تحقق خصم يأخذ بالقياس في هذه المسئلة تم يجوز
ان يقول ولنا ايماء الى وقوع منازع في هذه المسئلة واما مناسبة هذا
الكلام وحسنه فانما يحصلان عند ذكر مخالفة الخصم انتهى فان الجواز المذ كور
يتحقق بمجرد تحقق خصم يأخذ بالقياس واما قصد الاشارة الى تحقق الخصم
المذكور في ضمن بسط الكلام فاعتبار لطيف ومزية زائدة يقتضي حسن
ذلك الاسلوب فتأمل **قوله** فقوله في الهبة متعلق بقوله ان القبض
لا بقوله القبول **قال** الحبر الفاضل ولا ادري ما المانع عن تعلقه
بالقبول فان التوقف لا يستلزم الايجاب التام **قال** بعض الاجلة لعل
المانع عنه امران احدهما ان المتبادر من كون الشيء بمنزلة الشيء ان يكون
قائما مقامه وهذا لا يتصور فيما اذا كان في عقد واحد وثانيهما ان التو قف
وان لم يستلزم الايجاب التام الا ان القبول في الهبة كما لا يوجب ثبوت
حكم عقد الهبة لثبوت حكمه بدون تحقق القبول فانه لو قال وهبتك هذا
الشيء الموهوب له من غير قبول صح وملكه لوجود القبض نص عليه الزيلعي
وذكر في الذخيرة ايضا فلا يصح ان يقال ان القبض في الهبة بمنزلة القبول
في الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك بخلاف القبول في البيع
فانه لا يثبت قطعا ولا يصح عقد البيع اصلا بدون تحقق القبول **اقول**

فى مجموع المزبور بحث من وجوه عديدة اما اولاً فلان المتبادر من كون الشيء كونهما
مشتركين فى وصف اريد اثباته كوالقبول لان الاول نائب عن الثانى قائم
مقامه الا ترى انه اذا قيل ان الاقرار باللسان بمنزلة التصديق بالجنان
فى ايمان وكذا اذا قيل ان القبول البيع بمنزلة ايجابه فى كونهما ركنا عقد
البيع فلا غبار عليه اصلا فلو حمل مراد المص على تشبيه قبض الهبة بقبولها
فى توقف الملك عليهما لا يكون باس بهذا الكلام وان كان المشبه والمشبه به فى عقد
واحد واما ثانيا فلان الكلام فى شرح كلام المص وتوجيه ما فعله الشراح والمص
صرح فى صدر كتاب الهبة بان انعقاد عقد الهبة بمجموع الايجاب والقبول
فهو تصريح بتوقف الملك على القبول اذ الملك لا يسبق الانعقاد والشراح
وان ذكروا ما يدل على عدم كون القبول ركنا وعدم توقف انعقاد الهبة
عليه وذكروا ما ذكره المص فى مسائل متفرقة من كتاب الايمان الا انهم
لم يقولوا بثبوت حكم عقد الهبة وهو الملك بمجرد الايجاب بل جعلوا القبول
ملحقا بالقبض فى توقف الملك عليه الا ترى الى ما ذكره صاحب النهاية على ما
نقله محققا عنه نفسه هناك حيث قال ولكن لا يملكه الموهوب له الا بالقبول
والقبض وما ذكره الاتقانى حيث قال ولنا ان الهبة اسم لايجاب ملك
من جانب واحد وانه يتم بالمالك الا ان القبول شرط ثبوت الملك لا شرط وجود
الهبة وما ذكره صاحب العناية نفسه حيث قال واما من جهة الموهوب له
فان الملك لا يثبت بالقبول والقبض وما ذكره الاتقانى حيث قال ولنا
ان الهبة اسم لايجاب ملك من جانب واحد وانه يتم بالمالك الا ان القبول
شرط ثبوت الملك لا شرط وجود الهبة وما ذكره صاحب العناية نفسه
حيث قال واما من جهة الموهوب له فان الملك لا يثبت بالقبول بدون
القبض بخلاف البيع فان المفهوم من هذا الكلام توقف الملك فى الهبة بمجموع
القبض والقبول لا على مجرد القبض وكذا المفهوم من كلمات عامة الشراح الذين
ذهبوا فى هذا المقام الى حمل القبول ههنا على قبول البيع كون القبول فى الهبة
كالقبض مما يتوقف عليه حكم الهبة وهو الملك فاذا كان الامر عندهم كذلك فكيف

يقتضى

يقتضى ما ذكره هذا الفاضل الموجه نقلا عن الامام الزيلعى وصاحب الذخيرة
من المسئلة المقتضية على زعمه عدم توقف الملك فى الهبة على القبول حمل
القبول الواقع فى كلام المص رحمه الله فى هذا المقام على قبول البيع وفساد هذا
التوجيه فسادا لا يتردد العاقل فيه يظهر بادنى تامل فى المقام من اصحاب
النهى والاحلام واما ثالثا فلان المسئلة المذكورة لا تدل على تحقق الملك
فى الهبة بدون القبول فان وجد ثبوت الملك فى الصورة المذكورة كون القبض
فيها قبولا فعليا وهذا مع انه فى الظهور والجلاء بحيث لا يكاد يخفى على العقلاء
وقع التصريح فيه بما ذكرنا فى الفتاوى الخانية حيث قيل فى اوائل
كتاب الهبة منها رجل قال لاخر وهبت عبدك هذا منك والعبد حاضر فقبضه
الموهوب له جازت الهبة لان القبض فى المجلس بحضرة الواهب دلالة الواهب
الى فسكوت الله تع على توفيقه واما رابعا فلانه اذا كانت الملك فى الصورة
المذكورة دليلا على ثبوته بدون القبول كما زعمه فالامر فى البيع ايضا كذلك
بعينه على ما افصح عنه الامام برهان الدين فى الفصل الاول من كتاب البيع
من محيطه حيث قال واذا قال لغيره بعتك هذا العبد بالف درهم فقبضه المشترى
ولم يقل شيئا ينعقد بينهما ذكره شيخ الاسلام فى بيوعه فى باب حبس المبيع وقال
صاحب الدرر وكذا لو قال بعت منك هذا بدرهم فقبضه المشترى ولم يقل شيئا
ينعقد البيع انتهى فما فائدة حمل القبول على قبول البيع وكيف يصح قوله بخلاف
القبول فى البيع فانه لا يثبت الملك قطعا ولا يصح عقد البيع اصلا بدون
تحقق القبول فى البيع واما خامسا فلانه ظهر من قيام القبض فى عقدى
الهبة والبيع مقام قبولهما على ما افصحت عنه المسائل المنقولة عن التبيين
والذخيرة والمحيط والدرر ان قيام شيء مقام شيء يمكن ان يكون فى عقد
واحد فاضمحل ما توهمه وعده مانعا عن امكان شيء مقام شيء ونزوله
منزلته اذا كانا فى عقد واحد فتامل فالحق الحقيق بالقبول ان مراد المص
من القبول والقبض قبول الهبة وقبضه والمعنى ان القبض والقبول فى عقد
الهبة سيان فى توقف الملك عليهما ولا يتوقف على القبض فاذا كانا متساويا وبينا

فى المعنى المذكور يجعل الايجاب تسليطا ضمنيا على القبض كما يجعل كذلك على القبول
ولم يظهر لى وجه ومنشاء ولما اتفق عليه الشراح من حمل القبول على قبول البيع
سوى ما سبق فى صدر الكتاب منهم من بيان ان الهبة يتم بمجرد الايجاب
فى حق الواهب من غير توقف على القبول الا انه ايضا ليس بشئ فان مرا دهم
منه ليس عدم توقف الملك عليه كما اسلفناه فى تقرير الوجه الثانى من هذه
الوجوه **قوله** وفى الهبة وجد عقد تام **اقول** هكذا وقع فى
بعض النسخ وتوجيه الكلام على هذه النسخة بوجهين الاول ان يكون
المراد ان الهبة تتم بالايجاب وحده على ما سبق والمفروض صدور الايجاب
من الواهب ففى الهبة وجد عقد تام والثانى ان الكلام فى صحة الامر بالقبض
بعد الافتراق فى الهبة فاللازم منه فرض عدم تحقق القبض بعد وذلك
لا يستدعى عدم تحقق القبول فلا مانع من فرض تحقق مجموع الايجاب
والقبول واذا وجد ايجاب الواهب وقبول الموهوب له فقد وجد عقد
تام بخلاف البيع فان الكلام فى عدم جواز الامر بالقبول بعد الافتراق
فيه فعدم تحقق القبول مفروض فيه فالمفروض تحققه ليس الا ايجاب
البايع فقط وما ذكر الا شطر العقد وفى بعض النسخ وفى الهبة وجد
عقد تام وتوجيه الكلام على تلك النسخ ليس الا الوجه الاول فاعترض
الجد الفاضل رحمه الله تع على هذه النسخة حيث قال هكذا وقع فى هذه
النسخة موافقا لما فى سائر الشروح وفيه بحث فانه لو صح ما ذكر لجاز
القبول بعد المجلس بامر الواهب وايضا هذا الكلام يناقض ما تقدم من
المص من انه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول واما قضية الحلف
فسهل **اقول** دفع ما ذكره من امر المدافعة هين اذ المراد من كون
الايجاب وحده عقدا تاما فى الهبة كونه كذلك فى حق الواهب ومعنى ما سبق
من المص على توقف تحقق الهبة فى حق العاقد على مجموعهما كما فهم ذلك من
تقرير الشراح منهم التهلوى حيث قال ان ايجاب الواهب عقد تام
فى حقه شطر عقد فى حق الموهوب له فمعنى حيث انه عقد تام فى حق الواهب

يتوقف

يتوقف فيما وراء المجلس على القبض انتهى ثم انه اجاب عنه بعض الاجلة
حيث قال وجهى بحثه ساقط اما الاول فلان الملازمة فى قوله لو صح
ما ذكر لجاز القبول بعد المجلس بامر الواهب مسلمة فاما بطلان الثانى فممنوع
اذ قد ذكرنا فيما مر آنفا انه لو قال وهبتك هذا الشئ فقبضه الموهوب
له من غير قبول صح على ما نص عليه فى التبيين وذكر فى الذخيرة ايضا
فاذا صح عقد الهبة من غير قبول اصلا فلان يصح بالقبول بعد المجلس بامر الوا هب
اولى **اقول** الاولوية المذكورة مبنية على توهم انعقاد الهبة
فى الصورة المزبورة من غير قبول اصلا وليس كذلك بل انعقادها بالقبول
الفعلى الذى هو القبض الا ترى ان البيع ينعقد بفعلين فى صورة التعاطى
فهل يبعد انعقاد الهبة بقول وفعل نعم لو استدل على جواز القبول بعد
المجلس بما ذكر فى الذخيرة من قوله وكذلك لو كان العبد غائبا فذهب وقبضه
ولم يقل قبلت جازت لكان له وجه فانه دل على جواز نفس القبول فيه ايضا
الا انه يحتمل ان القبض القائم مقام القبول انما جاز كونه خارج المجلس
ضرورة كون الموهوب غائبا عن مجلس الهبة ولا ضرورة لتاخير نفس القبول
اذ لا مانع من التكلم فتامل ثم ان لذلك البعض من الاجلة بحثين فى اصل الجواب
عن البحث الاول حيث قال فى الجواب بحث اما اولا فلانه لا يدفع السؤال
المذكور بل يقرره لان حاصل ذلك السؤال القدح فى المقدمة القائلة ان
القبض بمنزلة القبول بانه لو كان كذلك لما صح فى القبض ما لا يصح فى القبول
من التاخير الى ما بعد المجلس وحاصل الجواب بيان الفرق بين ايجاب الواهب
وايجاب البايع بان الاول عقد تام والثانى شطر العقد وخلاصة هذا بيان
لمية صحة القبض فى الهبة بعد المجلس وعدم صحة القبول فى البيع وهذا لا يدفع
القدح فى قولهم ان القبض فى الهبة بمنزلة القبول فى البيع بل يقرر
ذلك كما لا يخفى واما ثانيا فلانهم صرحوا بان الحكم فى البيع الفاسد
على هذا التفصيل المذكور فى الهبة لافتقاره ايضا الى القبض كما ذكر
فى الكافى وغاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام ولا يخفى ان الجواب

المذكور لا يمشي في تلك الصورة رأساً لان الايجاب في البيع الصحيح
والايجاب في البيع الفاسد سيّان في كونهما شطر العقد **اقول** كلا بحثيه
ساقط اما الاول فلان ما قال مما ذكر من اللمية دفع النقض المذكور بان
ذلك من قبيل التخلف لمانع وقيد بعدم المانع في حكم المذكور في الضوابط
الكلية كما تقرر ذلك في مواضع منها مفتتح كتاب الوكالة واما الثاني
فلان كون الحكم في البيع الفاسد كالحكم في الهبة من جواز القبض بعد
الافتراق باذن البائع مسلّم وكذلك كون الايجاب في البيع الفا كالايجاب
في البيع الفاسد كالايجاب في البيع الصحيح شطر العقد لا تمامه مسلّم ايضا
وليس فيه ضير لما تحقق فيه اصلا فان الكلام في عدم توقف ايجاب
البيع الصحيح على القبول الخارج عن المجلس فيجب ان يكون المفروض تحقق
الايجاب وحده وعدم تحقق القبول والايجاب في البيع صحيحا كان
او فاسدا شطر العقد لا تمامه فلا يتوقف على القبول وفي البيع الفاسد
يتوقف الملك على القبض والمفروض تحققه خارج المجلس ذلك فيفرض تحقق
مجموع الايجاب والقبول في المجلس كما ذكرنا في الوجه الثاني من وجهي النسخد
الاولى في قوله وفي الهبة وجد عقد تام ولا يخفى ان الايجاب والقبول
معاً عقد تام صالح للتوقف فتأمل **قوله** وينعقد الهبة بقوله وهبت
ونحلت واعطيت **اقول** انعقاد الهبة بالالفاظ المذكورة يحتمل
معنيين احدهما ان يكون المراد انعقادها باحد الاقوال المذكورة وحده
بناءً على تحقق الهبة بمجرد الايجاب في حق الواهب على ما اشار اليه الشراح
في صدر الكتاب وقد ذكره المص في مسائل متفرقة من كتاب الايمان والآخر
ان يكون المراد من انعقادها الصدور من جانب الموجب مع قول الآخر قبلت
نهاية الامر ان القبول لما كان مما لا يتفاوت لفظه لم يتعرض له وهذا الاخير
هو الظاهر **قال** اما الاول فلان الطعام اذا اضيف الى ما يطعم عينه
يراد به تمليك العين اعترض عليه الاتقاني حيث قال فيه نظر لانه ينبغي
على هذا ان يكون المراد من الاطعام في الكفارة التمليك لا الاباحة كما هو

مذهب

مذهب الخصم لان المراد من الاطعام اطعام الطعام والطعام يؤكل عينه فكان
الاطعام في الآية مضافا الى ما يطعم عينه فافهم واجاب عنه بعض الاجلة
حاذياً حذو والده الفاضل رحمه الله تع حيث قال يمكن الجواب عن هذا النظر
بان مراد المص بالاضافة الى ما يطعم عينه ان يذكر ما يطعم عينه ويجعل مفعولاً
ثانيا للاطعام وفي آية الكفارة لم يكن الامر كذلك فكان الاطعام فيه على اصل
وضعه وهو الاباحة ويرشدك الى هذا التوجيه انه قال في تنقيح الاصول
في اوائل القسم الرابع وفي قوله تع اطعام عشرة مساكين اشارة الى ان الاصل
فيه هو الاباحة والتمليك ملحق به لان الاطعام جعل الغير طاعما لا جعله مالكا
والحق به التمليك دلالة لان المقصود قضاء حوائجهم وهي كثيرة فاقيم التمليك
مقامها انتهى وفي التلويح واما نحو اطعمتك هذا الطعام فانما كان هبة
وتمليكا بقرينة الحال لا انه لم يجعله طاعما قالوا والضابط انه اذا ذكر المفعول
الثاني فهو للتمليك **اقول** فيه بحث من وجهين اما اولا فلان الدهلوي
قال ان المفعول الثاني مذكور في تلك الآية وهو قوله تع من اوسط ما تطعمون
اذ معناه على ما قيل طعاما من اوسط انتهى وفيه ما فيه واما ثانيا فلانه
لا تأثير لذكر مفعول ثانيا في حمله على الاباحة او التمليك اصلا كما لا يخفى
ثم ان الحق في الجواب عما ذكره الاتقاني ان يقال مراد المص من تمليك العين
في قوله فلان الاطعام اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين
ما يقابل تمليك المنفعة لا ما يقابل الاباحة كما يشير اليه قوله واذا اضيف
الى ما لا يطعم عينه كالارض يراد به تمليك المنافع فيكون عارية **قال** بخلاف
ما اذا قال اطعمتك هذه الارض حيث تكون عارية لان عينه لا تطعم
قال بعض الاجلة لقائل ان يقول كون الارض مما لا يطعم عينه انما يقتضي
ان لا يكون الاطعام المضاف اليها على حقيقته ولا يقتضي ان لا يكون
به تمليك العين مجازا كما ان حقيقة الاطعام جعل الغير طاعما اي آكلا
لا جعله مالكا كما صرحوا به ثم قال والجواب انه وان امكن ان يراد بالاطعام
المضاف الى مثل الارض تمليك العين مجازا لكن هذا التجوز لا يشيع تعارف

في مثل ذلك وانما المتعارف فيه ان يراد اطعام الغلة على طريق ذكر المحل وارا ده
لحال اقول لا حاجة في الجواب عما ذكره الى التشبث بما قاله من التعارف
بل التحقيق هنا ان الاطعام اذا اضيف الى ما لا يطعم عينه كالارض يتعذر
المعنى الحقيقي فيقع التردد في تصحيح ذلك الكلام بين ان يحمل على تمليك العين
فيكون هبة وان يحمل على تمليك المنفعة فيكون عارية والعارية اقل فيحمل
عليها للتيقن بخلاف ما اذا اضيف الى ما يطعم عينه بان يقال اطعمتك
هذا الطعام مثلا فان المعنى الحقيقي وهو جعله اكلا لما لم يكن مرادا يحمل على
تمليك العين بلا تردد وتوقف لعدم امكان الحمل على العارية هناك فان
العارية انما تجري فيما يمكن ان ينتفع به مع بقاء عينه والطعام ليس
كذلك اذ الانتفاع به ليس الا بطريق الاستهلاك ويؤيد ما في هذا
التحقيق المبني على هذا الفرق الدقيق ما ذكره الامام برهان الدين في محيطه
حيث قال في الاصل اذا قال منحتك هذه الدراهم او هذا الطعام فهو
هبة ولو قال منحتك هذه الارض او هذه الجارية فهو عارية قال الاصل
ان لفظ المنحة اذا اضيف الى ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فهو عارية
انتهى لكن لا يذهب على ذي مسكة ان مقتضى ما ذكرنا ان ملحق الدراهم
والدنانير مما لا يطعم عينه بما يطعم عينه من الطعام في كون الاطعام المضا ف
اليه تمليكا للعين لاشتراكهما في عدم جريان العارية فيه وعن هذا كان
الامر كذلك في صورة المنحة على ما نقلناه من المحيط ولم ار التعرض من احد
لذلك في صورة الاطعام فتامل والله الموفق ثم ان ما ذكره المعترض
المذكور من كون الاطعام حقيقة في جعل الغير اكلا محل تامل فان المص
نص في باب الظهار على انه حقيقة في التمكين وقال المحقق التفتازاني
المذكور في كتب اللغة ان الاطعام اعطاء الطعام ثم اعلم ان لجعل الاطعا م
المضاف الى ما لا يطعم عينه كالارض مثلا عارية طريقين احدهما ان يكون
المراد من الاطعام تمليك العين كما اذا اضيف الى الطعام ويجعل الارض
مجازا عما يحصل فيها من المنافع على طريقة ذكر المحل وارادة الحال فيكون

قوله اطعمتك هذه الارض في قوة ان يقال ملكتك ما ينبت في هذه الارض
فتكون اعارة الارض لكن لا يكون الاطعام بمعنى الاعارة بل يكون الحاصل
اعارة والاخر ان يكون الارض على حقيقة ويكون الاطعام بمعنى تمليك المنا فع
فيكون قوله اطعمتك هذه الارض بمنزلة ان يقال اعرتكها ثم قال ذلك
البعض من الاجلة اخذا من كلام صاحب الغرر ثم انه ذكر في المحيط البرهاني
نقلا عن الاصل واذا قال اطعمتك هذه الارض فهو عارية ولو قال اطعمتك
هذا الطعام فان قال اطعمتك هذه الارض فهو عارية ولو قال اطعمتك
هذا الطعام فان قال فاقبضه فهو هبة وان لم يقل فاقبضه يكون هبة
او عارية انتهى اقول لا يذهب على ذي فطنة ان اطلاق رواية
الكتاب وتعليل المص بما ذكره لا يطابقان رواية الاصل لان الظاهر منهما ان
يكون قوله اطعمتك هذا الطعام هبة مطلقا ورواية الاصل صريح في ان
قوله المذكور انما يكون هبة اذا قيد بقوله فاقبضه واذا لم يقيد به يحتمل
الامرين الهبة والعارية وان النظر المذكور لا يتجه اصلا على ما في رواية
الاصل لان التمليك انما يستفاد على هذه الرواية من قوله فاقبضه لا من لفظ
الاطعام فلا ينافي ان يكون الاطعام في آية الكفارة على اصل وضعه وهو الا باحة
اقول المذكور في نسخ المحيط التي ظفرت بها وان تحرير هذا المحل هكذا
يكون هبة او عارية وكذا المذكور في نسخ شرح بعض الاجلة نقلا عن المحيط فعلى ذلك
يكون التردد في لفظ الاطعام المضاف الى ما يطعم عينه بدون الامر بالقبض
بين التمليك والعارية لا الاباحة فيكون فيما ذكر في المحيط ايضا منا فاة
لان يكون الاطعام في آية الكفارة بمعنى الاباحة ولكن المذكور في الغرر لفظ
الاباحة مكان العارية فعلى ذلك يتم المرام ومما يؤيد نسخة الغرر ان الطعام
مما لا يجري فيه العارية كما سنذكره فكيف يحتمل ان يراد باطعام الطعام اعارة
الا ان يراد بعارية الطعام اباحته فيظهر حينئذ توافق النسخ وعدم المنا فاة
مذهب الحنفية في آية الكفارة والله الموفق قال وكذا اذا قال
جعلت هذه الدار لك عمري لما قلنا قال الشيخ اكمل الدين وقوله لما قلنا اشارة

الى قوله فلان حرف اللام للتمليك اعترض عليه بعض الاجلة حيث قال
الظاهر ان قول المص هذا اشارة الى قريبه وهو قوله فلقوله عليه السلام
فمن اعمر عمرى فهو للمعمر له ولورثته من بعده ويدل على هذا ذكر هذه الصورة
في ذيل الثالث اذ لو كان مراده ما قاله الشارحان المذكوران لذكرها في
ذيل الثاني بل لو كان مراده ذلك لما ذكرها اصلا اذ قد سبق ذكرها اذا قال
جعلت هذا الثوب لك وهو الذي قال له واما الثاني ولا يرى اثر فرق
بين ما اذا قال جعلت هذه الدار لك الا باشتمال هذه الصورة على لفظ
عمري دون ما سبق فلو كان مراده بقوله لما قلنا كون اللام في لك للتمليك
لا كون لفظ عمرى لاثبات الملك للمعمر له لكان ذكر هذه الصورة مستدركا
اقول يرد على قوله بل لو كان مراده ذلك لما ذكرها اصلا اذ قد سبق
الى ان يقال كما سبق ذكرها اذا قال هذا الثوب لك كذلك سبق ما اذا قال
اعمرتك هذا الشيء كما لا يرى فرق بين ان يقال جعلت هذا الثوب لك
وبين ان يقال جعلت هذه الدار لك عمرى في الاشتمال على اللام كذلك
لا يرى اثر فرق بين ان يقال اعمرتك هذا الشيء وبين ان يقال جعلت
هذه الدار لك عمرى في الاشتمال على لفظ العمرى فامر الاستدراك مشترك
الالزام وعدم التامل في المقام داء عقام ثم الظاهر عندي ان يحمل قوله
لما قلنا اشارة الى مجموع كون اللام للتمليك كما ذكر في قوله جعلت هذه
الثوب لك وكون العمرى لاثبات الملك للمعمر له كما ذكر في قوله اعمرتك هذا الشيء
ولذلك ذكر هذه الصورة في ذيل الصورتين وعلى ذلك يظهر وجه العدول
في الاشارة الى الحديث الكريم من ان يقال لما روينا الى قوله لما قلنا حيث
يكون المقصود التعميم للحديث وكون اللام للتمليك هنا وقد ذكر الامام
برهان الدين في محيطه خلال بيان الفاظ تنعقد بها الهبة شيئا نورده
في هذا المقام مع ما يتعلق به من النقض والابرام حيث قال اذا قال هذه الدار
هبة لك ولعقبك من بعدك فهو هبة له وذكر العقب ولو قال اسكنتك هذه
الدار حيوتك ولعقبك بعد موتك فهذه عارية له حال حيوته ولعقبه بعد موته

وذكر

وذكر العقب لا يكون لغوا والفرقان قوله هي هبة لك تمليك العين منه وبعد
ما ملك العين لا يبقى له ولاية الايجاب لغيره وقوله اسكنتك ايجاب المنفعة
ويبقى له ولاية الايجاب لغيره فكان كلامه عارية في حقه وفي حق عقبه
انتهى اقول لا يذهب على ذي مسكة ان المتبادر من مساق كلامه
ان يكون قوله ولعقبك من بعدك كلاما متصلا بقوله هذه الدار هبة
لك صادرا عن القائل المذكور دفعة واحدة فعلى هذا يرد على الفرق المذكور
ان كون قوله هذه الدار هبة لك تمليك العين منه لا يقتضي عدم الاعتبار
لقوله ولعقبك فان عدم بقاء ولاية الايجاب لغيره موقوف على القبض
والمفروض عدم تحققه لاتصال كلامه اللاحق بالسابق فتامل قال
واما الرابع فلان الحمل هو الاركاب حقيقة فيكون عارية اقول الظاهر
من مساق كلامه ان يكون الحمل حقيقة في العارية لكون معناه الاركاب ولا
يخفى ان الامر ليس كذلك لان الحمل هو الاركاب بمعنى جعل الغير راكبا وهو غير
العارية فانها تمليك منافع الدابة والتمكين من الركوب فالاركاب للحمل
بمنزلة جعله طاعما للاطعام والعارية له بمنزلة تمليك عين الطعام
فكما ان تمليك عين الطعام معنى مجازي للاطعام كذلك تمليك منافع الدابة
معنى مجازي للحمل ويمكن ان يحمل معنى كلام المص ههنا على ان الحمل حقيقة في الا ركاب
وهو غير مراد بقرينة المقام فيدور المعنى بين الهبة والعارية فتكون عارية
لكونها ادنى وقد اختار بعض الشراح هذا المعنى في كتاب العارية حيث قال اعلم
ان الحمل حقيقة هو الاركاب ويستعمل لتمليك العين والمنافع مجازا فاذا علم
ان الحقيقة غير مرادة فان كانت هناك قرينة على ان المراد احد المعنيين
المجازيين يحمل عليه والا يحمل على تمليك المنافع لانه ادنى فكان متيقنا
انتهى فتامل ثم ان صاحب الكفالة قال في شرح كلام المص فان قلت كيف
يستقيم قوله ان حقيقة الاركاب وقد ذكر في العارية ان قوله حملتك
لتمليك العين قلنا حقيقة الاركاب نظرا الى الوضع وهو تمليك العين
في العرف والاستعمال لكن الحقيقة ما صارت مهجورة بالعرف فكان هنا

في معنى الاسم المشترك وذكر صاحب العناية وغيره نحو ذلك بعبارة اخرى
فاعترض عليهم بعض الاجلة حيث قال بقي اشكال وهو انه قد تقرر في كتب
الاصول انه اذا كانت الحقيقة مستعملة والمجاز متعارفا فعند ابي حنيفة رح
المعنى الحقيقي اولى والعمل به واما اذا كانت الحقيقة مهجورة فالعمل بالمجاز
اتفاقا فاذا عرفت ذلك ففي ما نحن فيه لم تكن الحقيقة مهجورة كما صرحوا به
فعلى مقتضى الاصل المذكور يلزم ان يكون العمل عند ابي حنيفة رحمه الله بما هو
حقيقة بحسب الوضع وهو الارتاب وعندهما بما هو المستعمل فيه بحسب العرف
وهو تمليك العين ينبغي ان يحمل الحمل على العارية عند عدم ارادة الهبة
عند ابي حنيفة وان يحمل الهبة وان ينوها على اصلها مع ان وضع المسئلة
في هذا الكتاب وسائر الكتب المعتبرة على الاول من غير ان يذكر الخلاف في شيء
منهما فليتامل اقول يضمحل اشكال الاشكال عند الوقوف على حقيقة الحال
بفضل الله المتعال وذلك ان الصورة التي ذكرها وهي ان يكون الحقيقة
مستعملة والمجاز متعارفا وان كان من موضع الخلاف بينهم الا ان كون ما نحن
فيه من قبيل تلك الصورة محل نظر فان مرادهم من كون المجاز متعارفا كون
اللفظ اكثر استعمالا في المعنى المجازي حتى لو كان الحقيقة والمجاز متساو يي
في الاستعمال او كان في الحقيقة اغلب فهو اولى بالاتفاق وكون المجاز ههنا
اكثر في الاستعمال لم يثبت بعد بل الظاهر خلافه الا ترى ان المعترض نفسه قال لان
هذا اللفظ قد يذكر لتمليك العين ويومي الى ذلك قول صاحب الكفاية فكان
هذا في معنى الاسم المشترك وان اريد بالقلبة التي جعلت مناط الاختلاف
القلبة في التعامل فلا يخفى ان تمليك العين وتمليك المنفعة كلاهما مستعملان
بين الناس من غير رجحان لاحدهما على الآخر ثم قال فيما نقل عنه قوله فليتامل
فيه اشارة الى امكان دفع الاشكال بان المحقق التفتازاني بعد ان قرر
المبحث المذكور في التلويح على ما نقلناه قال وهذا مشعر بترجيح المجاز
المتعارف عندهما سواء كان عاما متناولا للحقيقة اولا وفي كلام
فخر الاسلام وغيره ما يدل على انه انما يترجح المجاز المتعارف عندهما اذا تناوله ول

الحقيقة

الحقيقة بعمومه كما في مسئلة اكل الحنطة انتهى وفيما نحن فيه ليس المعنى العرفي
عاما متناولا للمعنى الوضعي الحقيقي بل هو مباين لانه تصرف في المنفعة والآخر
تمليك العين فعلى ما فهم التفتازاني من كلام فخر الاسلام وغيره يكون ما نحن
فيه خارجا عن محل الخلاف انتهى اقول هذا سهو ظاهر فان المعنى الحقيقي
وهو تمليك منافع العين يتحقق في ضمن المعنى المجازي وهو الهبة التي هي
تمليك العين نفسها وهذا مع وضوحه وظهوره قد اعترف به المعترض المذ كور
نفسه في صدر كتاب الهبة حيث قال ولان العارية كالمفرد والهبة
كالمركب لان فيها تمليك العين مع المنفعة انتهى فما اسرع ما نسي ما ذكره
في صدر الكتاب والله اعلم بالصواب ثم ان المعترض المذكور قال ثم ان
قول صاحب الكفاية فكان هذا في معنى الاسم المشترك ليس بسديد لان
حكم المشترك التامل فيه حتى يترجح احد معنييه او معانيه بالادلة او بالاما رات
على ما تقرر في علم الاصول وفي ما نحن فيه ان نوى الهبة يحمل عليها وان لم
ينوها يحمل على العارية من غير تامل ولا توقف فاين هذا من ذاك اقول
الظاهر انه لم يرد من كونه في حكم الاسم المشترك كونه في معناه من جميع الوجوه
بل المراد تشبيهه به في كون اللفظ حقيقة فيهما من وجه كما ان المشترك
حقيقة في المعنيين او المعاني وتوقف تعيين المراد على العلم بنية المتكلم
وعدمها توقف تعيين المراد في المشترك على التامل في الادلة والامارات
وهذا تمام ستره به وان خفي عليه قوله ولو قال منحتك هذه الجار ية
كانت عارية لما روينا اقول انما وضع المسئلة في صورة اضافة
المنحة الى الجارية اشارة الى انها انما تكون عارية فيما اذا اضيف الى ما
يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها كالجارية والارض واما اذا اضيف
الى ما لا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاكها واتلافها واتلافها كالد راهم
والدنانير والطعام يكون هبة كما افصح عنه الامام برهان الدين في تحرير
هذا المقام من محيطه حيث قال اذا قال منحتك هذه الدراهم او الطعام
فهو هبة ولو قال منحتك هذه الجارية او هذه الارض فهو عارية لحي وحج

هذا الفرق ما اسلفناه في الفرق بين الاطعام المضاف الى ما يطعم عينه
والمضاف الى ما لا يطعم عينه وحاصله ان لفظ المنحة محتمل لتمليك العين
والمنافع والثاني اقل فهو المتيقن فيحمل عليه ما امكن بان كان المحل
يقبله كالارض والجارية هذا ولكنه يتجه على هذا المقام ان يقال كان
ينبغي ان يجعل المنحة المضافة الى الدراهم والدنانير قرضا لا انه ان لم يمكن
اعارتهما فقد امكن اقراضهما حتى ان عاريتهما قرض وهو اقل ضررا من الهبة
لانه تمليك ببدل فلو يعمل عند بدو دوام تقتضيه بشرط الى ما ذكرنا ما ذكره
المص في كتاب العارية حيث قال فاقتضى تمليك العين ضرورة وذلك
بالهبة او القرض والقرض ادناهما فيثبت انتهى قلنا نعم ان الامر كما ذكر لكن ايجاب
البدل على الاخذ من غير ان يدل عليه لفظ الموجب عسير وانما كان عارية الدراهم
والدنانير قرضا لان في لفظ العارية اشارة الى رد البدل بناء على ان العارية
اخذ المعار للانتفاع به ثم رده بعينه الى المعير ولما لم يكن ذلك في الدراهم
والدنانير وما يشاكلهما يحمل مجازا على القرض لكونه اقل مع دلالة اللفظ
عليه لما فيه من الاخذ والانتفاع ورد المثل القائم مقام العين فكان
المردود عين المأخوذ كما اشار اليه المص هناك حيث قال او لان من قضية
الاعارة الانتفاع ورد العين فاقيم رد المثل مقامه انتهى ولا بد من ان
يتأمل في المقام لان الكلام مجال لا بعد فانه ذكر في كتاب الهبة من كثير من
المعتبرات منها الفتاوى الخانية انه اذا قال الرجل لاخر خذ هذا المال
واغز به في سبيل الله يكون قرضا لان الكلام محتمل يحتمل القرض والهبة
والقرض ادناهما فيحمل عليه ولو دفع اليه دراهم فقال انفقها ففعل
فهو قرض انتهى ولا يخفى ان في الصورتين المذكورتين ايضا ليس في كلام
القائل ما يدل على رد البدل كما فيما نحن فيه هنا واعلم انه بعد ما خطر هذه
الشبهة ببال الفقير ونظمته على هذا الاسلوب في سلك التحرير وجدت
في الخانية رواية موافقة لما قد كان سنح للخاطر الفاتر فحمدت الله تع
ولي الاجابة بيده الاجادة والاصابة قال في اوائل كتاب الهبة منها

رجل منح رجلا بعيرا او شاة او ثوبا او غير ذلك قال كل شيء منحه مما ينتفع به
للسكنى او اللبس مثل الدار والثوب فهو عارية مردودة وفي الطعام والدراهم
والدراهم واللبن مما لا ينتفع به الا بالاستهلاك يكون قرضا في ظاهر
الرواية كاعارة الدراهم وفي النوادر يكون هبة انتهى ثم لاح ببالي وجه جواز
تعليل رواية النوادر بان يقال ان لفظ المنحة انما لا يحمل على القرض
عند اضافتها الى ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بناء على ان حملها على
العارية عند اضافتها الى ما يحتملها ليس لمجرد كونها اقل بل لانها تستعمل
في الهبة والعارية وهي اقل مما تستعمل هي فيه والقرض لما لم يكن مما يستعمل
فيه لفظ المنحة لم يحمل عليه على ما افصح عنه الاتقاني حيث قال ان المنحة تذكر
ويراد العارية قال عليه السلام المنحة مردودة واراد به العارية لان
الهبة لا تكون مردودة وانما المردودة العارية ويذكر ويراد الهبة يقال منح
فلان فلانا اي وهب له واذا كانت اللفظة صالحة للامرين جميعا
والعمل بها متعذر في عين واحد لان العين الواحدة لا يتصور ان يكون
عارية وهبة في وقت واحد فعملنا بها في محلين مختلفين فقلنا اذا
اضيف المنحة الى العين يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه جعلت عارية
انتهى **قوله** فيكون معناه ظاهرا وهبة النصيب الغير المقسوم فيما هو
غير مقسوم **اقول** انما يكون معنى الكلام المذكور ظاهرا ما ذكر لو كان عبارة
المص هكذا او نصيب الغير المقسوم فيما لم يقسم وليس شيء تأمل **قال** ولنا
ان القبض منصوص عليه في الهبة اعترض عليه بان الهبة يتم بالتخلية
وهو قبض حكمي ولو كان الشرط هو الكامل من القبض لما صح لعدم امكان حصول
الشرط فيه **اقول** معنى تمام الهبة بالتخلية ان التخلية كاف في الاقباض
من جهة الواهب ولا يجب عليه التسليم بيده لا ان بمجرد التخلية يصير الموهوب له
قابضا كما في البيع اذ لا يتحقق القبض في الهبة الا اذا باشر الموهوب
له القبض واخذه بالبراجم وهذا قبض كامل يرشدك الى هذا ما ذكره الاتقاني
حيث قال علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وان كان العبد الموهوب

حاضرا فقال له الواهب قد خليت بينك وبين الهبة فاقبضها فانصرف
الواهب فقبضه الموهوب له جاز لان التخلية اقباض فاذا قبض باذنه
تم العقد فرق بين هذا وبين البيع فانه اذا خلى بينه وبين المبيع انزلت
قابضا وان لم يباشر القبض بخلاف الهبة ثم ان مراد المص من كون القبض
منصوصا عليه في الهبة ان النبي صلعم نص على لزوم القبض في الهبة سيما على وجه
المبالغة حيث حصر الجواز ظاهرا بالهبة التي وجد فيها القبض ولم
يحل ذلك على القياس وهذا لاعتناء التام وعلامة الاعتبار والاهتمام لانه
ذكر القبض مطلقا فينصرف الى الكمال كما توهمه من قال انه قوله عليه السلام لا يجوز
الا مقبوضة في تضمن القبض نظير قوله لا يصح في تضمن الصلوة ثم هؤلاء
ينصرف الى الكامل وايضا انعقاد الاجماع على جواز الهبة فيما لا يحتمل القسمة
لا يدل على عدم اشتراط كمال القبض في هبته بغاية الامر ان الكمال في كل شيء
غاية ما يمكن ان يتحقق فيه كما افصح عنه قول المص بخلاف ما لا يقسم لان القبض
القاصر هو الممكن فيكتفى به فلا وجه لما قيل ان الاجماع لما انعقد على جواز
هبة المشاع فيما لا يقسم علمنا الخ **قال** بخلاف ما لا يقسم لان القبض الكامل صه
هو الممكن فيكتفي به قيل عليه قد يقال لما اشترط القبض الكامل في الرهن
لم يجوز رهن المشاع فيما يقسم وغيره ولم يقل هنا كان الممكن فيما لا يمكن
هو القاصر فيكتفى به فالفرق بين الهبة والرهن مع ورود مثل هذا
القبض اعني قوله عم لا تجوز الهبة الا مقبوضة في الرهن وهو قوله تع
فرهان مقبوضة مشكل الخ **اقول** لا يذهب على من له طبع سديد وذهن
حديد ان الاشكال المذكور انما يتوجه على هذا المقام لو علل هناك عدم
جواز رهن المشاع بقسميه باشتراط كمال القبض لورود النص فيه واما
بمجرد امتناع جواز رهن المشاع بقسميه فلا يتجه الاشكال اصلا لجواز
ان يكون عدم جواز رهن المشاع الغير القابل للقسمة لوجه آخر مخصوص
بالرهن بعد جاري في هبته كما افصح عنه المص هناك حيث قال فلا يجوز رهن
المشاع وقال الشافعي يجوز ولنا فيه وجهان احدهما مبني على حكم الرهن

فانه

فانه عندنا ثبوت يد الاستيفاء وهذا لا يتصور فيما متناوله العقد
وهو المشاع الى قوله الثاني انه موجب الرهن هو الحبس الدائم لانه لم يشرع
الا مقبوضا بالنص وبالنظر الى المقصود منه وهو الاستيثاق الى
قوله ولهذا لا يجوز فيما يحتمل القسمة وما لا يحتملها بخلاف الهبة حيث
يجوز فيما لا يحتمل القسمة لان المانع في الهبة غرامة القسمة وهو فيما
يقسم انتهى نعم ان فيما فعله المص هناك من قصر المانع للجواز في هبة
المشاع لزوم الغرامة مع ان ورود النص المقتضي للكمال ايضا مانع قصور
عظيم كما لا يخفى **قال** اي يضم غير الموهوب الى الموهوب او بالعكس
فان الكلام يحتملها **اقول** فيه بحث فان العكس ان يكون المراد
بضم الموهوب الى غير الموهوب وكلام المص لا يحتمل ذلك لان الضم مضاف
فيه الى الغير المضاف الى الضمير والظاهر ان الضمير عائد الى الموهوب
بقرينة المقام فكيف يراد فيه الموهوب حتى يحتمل ان يكون المعنى
بضم الموهوب الى غير الموهوب اللهم الا ان يقال يجعل على هذا الاحتمال
الضمير عائدا الى غير الموهوب فيراد من الغير المضاف الى ذلك الضمير نفس الموهوب
لان غير غير الموهوب موهوب ولا يخفى ما فيه ثم ان الشارح قال وغير
غير الموهوب واشار به الى ان لفظة ذلك في قول المص وذلك غير موهوب
اشارة الى غير الموهوب ولا يذهب عليك ان ذلك يقتضي اشتمال كلام
المص على اللاغية فان الحكم على غير الموهوب بكونه غير موهوب لغو ظاهر
الا ان يقال المراد من غير الموهوب المعهود والمراد من قوله غير موهوب انه
لم يوهب فالمعنى وغير الموهوب المعهود ليس بموهوب فتامل **قوله**
اجيب ان المرضعة ليس لقسمة ولا ما يستلزمها اعترض عليه بعض الاجلة
حيث قال في الجواب بحث لانه اذا لم يمكن الملك للمشاع قسمة ولا مستلزما
صه لها لم يتم نفس هذا الدليل اعني قوله ولان في تجويزه الزامه شيئا لم يلتزمه
وهو القسمة **اقول** مردودة من قوله ان في تجويزه الزامه شيئا
ان فيه احتمال ذلك الالزام والاحتمال كاف في تمام المرام ومراده من قوله

وكا مستلزما لها انه ليس بمستلزم لها البتة وهذا لا يدفع الاحتمال ثم اقول
ان في الجواب المذكور بحثا آخر وهو ان الاقدام على شيء يتضمن قبوله ما يلزمه
ولا يعارضه قبولا جازما حاسما ويتضمن قبول ما يجوز ان يتفرع عليه قبولا مبنيا
على الاحتمال والتجويز فلما اقدم الواهب على هبة المشاع عالما بان الموهوب
له اذا طلب القسمة لا ينفعه اباؤه بل يجب شرعا ان يساعده ويلزم مؤنة القسمة
كان ذلك دليل القبول وهذه المرتبة كافية في كون الضرر مرضيا شرعيا
الا ترى ان الكفيل بالمال يطالب بما في ذمة المكفول عنه مع انه ضرر محض
للكفيل فانه غرم ليس بمقابلته غنم سيما اذا لم يكن بامر المكفول عنه
وانما جوز الشرع ذلك الضرر لقبول الكفيل اياه باقدامه على عقد الكفالة
مع ان كون الكفيل مطالبا بالمال المكفول به ليس على سبيل الوجوب
بل هو محتمل فيه فيجوز له ان يكون كفالة الكفيل بناء على ظن ان المكفول
عنه يطالب الاصيل دون الكفيل نعم بين الصورتين فرق لا يخفى على المتامل
هذا ولا يذهب على ذي مسكة ان هذه المناقشة هي التي ذكرها الجد الفاضل
رحمه الله بقوله فيه بحث فانه يعلم انه اذا طلب شريكه القسمة لا ينفعه اباؤه
فما اورده المص الاجلة بقوله واعترض بعض الفضلاء على الجواب المذكور
بوجه اخر حيث قال فيه بحث فانه يعلم انه اذا طلب شريكه القسمة لا ينفعه
اباؤه على ان له ان يرجع عن هبته ولا يلزمه المؤنة فليتامل اقول كل
واحد من اصل بحثه وعلاوته ساقط اما الاول فلانه وان علم انه اذا طلب
شريكه القسمة لا ينفعه اباؤه الا ان طلب شريكه اياها غير متيقن بل محتمل
والاقدام على العقد انما يقتضي الرضا بما هو من ضرورات ذلك العقد
ولوازمه لا بما هو من محتملاته واما الثاني فلان في رجوعه عن هبته
ضررا اخر له وهو حرمانه عن ثواب الهبة فكان في تجويز هبة المشاع الزام الواهب
احد الضررين وايضا هل يجوز العاقل ان يكون بناء هبة المشاع على جواز
الرجوع عنها على انه ليس له الرجوع عن هبته في كثير من المواد وهي التي تحقق
فيها الموانع انتهى ليس بموجه ولا متوجه اما الاول فلانه طلب شريكه غير

متعين

متعين الا انه جائز فاقدامه على هبة المشاع مع العلم بجواز طلب شريكه
الشفعة ووجوب مؤنة القسمة عليه على تقدير طلبه تجويز منه لوجوب
تلك المؤنة عليه وقبول لها وتلك المرتبة كافية في كون الضرر مرضيا واما الثاني
فلان الحرمان عن ثواب الهبة في القول بعدم جواز هبة المشاع اظهر واكثر
فلانه اذا قلنا بعدم جواز هبة المشاع القابل للقسمة لاحتمال الضرر للواهب
على تقدير طلب الموهوب له القسمة لا يتحقق ولا يوجد هبة المشاع الذي لا يرضى
واهبه بتقسيمه فيحرم من ثواب الهبة من يريد هبة المشاع عامة سواء كان
الشخص الذي يريد صاحب المشاع ان يهبه له قانعا بحصته غير طالب للتقسيم
ام لا بخلاف ما اذا جوزنا هبة المشاع ودفعنا ذلك الضرر باثبات حق الرجوع
للواهب على تقدير طلب الموهوب له القسمة فانه لا يحرم من ثواب الهبة حينئذ الا من
وهب المشاع ولم يقنع الموهوب له بحصته فطالبه بالتقسيم تامل واما
الثالث فلان تجويز هبة المشاع بناء على امكان الرجوع عنه عند لزوم الضرر
مما ليس فيه غبار اصلا واما الرابع فلان مراد الجد الفاضل من قوله على ان
له ان يرجع عن هبته ان الدليل المذكور لعدم جواز هبة المشاع قاصر عن افادة
تمام المرام لعدم جريانه في صورة عدم تحقق المانع عن الرجوع فيكفيه امكان الرجوع
في بعض الصور نعم يمكن الجواب عنه بانه اذا دير عدم الجواز على نفس الشيوع للزوم الضرر
المذكور في صور كثيرة لا يمكن فيها الرجوع الا ان مراد الجد الفاضل بامره بالتامل
يجوز ان يكون اشارة الى ذلك الجواب والله تعالى اعلم قوله اي ولان في تجويز
هذا العقد الزام ما لا يلزمه المفهوم من سياق الكلام ذا المعنى وكون الزام المشروع
شيئا لم يشرع به محذورا في الشرع اسبغ شرعا جواز الهبة قبل القبض لئلا
يلزم على الواهب مؤنة التسليم فتدبر قوله وهو لا يتحقق بدون مؤنة
القسمة اقول لا نسلم ان تسليم الموهوب يستلزم مؤنة القسمة
البتة كيف وقد يكون الموهوب مقسوما غير مشاع فالظاهر ان المحذور
فيه لزوم مؤنة التسليم لا مؤنة القسمة والمقصود ان لزوم المؤنة محذور
شرعا حتى انه لم يثبت الملك في المشاع القابل للقسمة قبل التقسيم كيلا يلزم عليه

مؤنة القسمة **قال** والمهاياة يلزمه فيما يتبرع وهو المنفعة قال
الجد الفاضل رحمه الله تعالى هذا ممنوع فان الاقدام على عقد الهبة التزام **اقول**
فيه بحث لان الكلام معه من لا يجعل الاقدام على عقد الهبة التزاما بمؤنة القسمة
لكونها محتملا غير مجزوم فالمقصود الزام الخصم بما هو مسلم عنده سواء كان
مذهب الخصم موافقا للخصم ام لا وقد غفل بعض الاجلة عن هذه الدقيقة
فاورد على الجد الفاضل عين ما ذكرنا **قوله** والجواب بتخصيصه بذلك
وبدفع التحكم قال بعض الاجلة الابوي في الجواب الذي ذكره كثير طائل
في دفع سؤال السائل ولقائل ان يقول ان لم يكن في المهاياة الزامه
اخراج عين عن ملكه ففيه الزام ازالة نفع في زمان معين عن تصرفه
وكون الاول اكثر ضررا من الثاني مطلقا غير مسلم فكم من منفعة كمنفعة
دار ونحوها اعز واشرف عن مقدار عين بصرا جرة قسمة الى قوله والا ظهر
عندي في الجواب ان يقال بتخصيص ذلك بما اذا عاد اليه ما يتبرع به ولا يلزم
التحكم لان المحذور دفع الزامه ما لا يلزمه فيما اذا عاد اليه ما يتبرع به لزوم
المنافاة فان التبرع عند اللزوم فيهما لا يجتمعان في كل واحد وفيما اذا
لم يعد اليه ما يتبرع به لا يلزم المنافاة فان المهاياة لاقت المنفعة والهبة
لاقت العين فلم يصادف الالزام والتبرع اذ ذاك محلا واحدا ظاهر
محذور فيه **اقول** في كلا كلاميه كلام اما في الاول فلوجهين
اما الاول فلان العين من حيث هي اولى من المنفعة شرعا حتى انهم لم يجوزوا
تضمين منافع الغصب وان كانت منافع كثيرة ولو بدرهم واحد في غير
الوقف ومال اليتيم وعلل ذلك بشرف العين من المنفعة قال المص في كتاب
الغصب ولانها لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها وبقاء الاعيان واما ثانيا
فلان ازالة اجرة القسمة عن ملك الواهب بلا بدل يعود اليه وازالة
النفع في زمان مخصوص عن تصرفه يكون ببدل يعود اليه وازالة النفع
في زمان مخصوص عن تصرفه يكون ببدل يعود اليه فهو ينتفع بنصيب
شريكه وان كان ينتفع شريكه بنصيبه في الشهر الاول فهو ينتفع

بشريكه

بشريكه في الشهر الثاني واما في الثاني فلان التبرع واللزوم وان
كانا امرين متنافيين لا يصح اجتماعهما في محل واحد الا ان اتحاد المحل
فيما نحن فيه غير مسلم اذ التبرع في العين الموهوبة واللزوم في الدراهم
الدنانير التي هي اجرة القسمة وهي وان كانت عينا غير العين الموهوبة
تشخصا نهاية الامر انهما متحدان نوعا والمحذور اجتماع المتنافيين في محل
واحد تشخصا **قال** ولو وهب من شريكه لا يجوز لان الحكم يدار على نفس
الشيوع **اقول** شرح هذا الكلام بحيث يضمحل هو احسن الاوهام
هو انه جواب عن سؤال مقدر يرد على تعليل عدم هبة المشاع القابل للقسمة
بالوجهين السابق تفصيله بان شيئا من الوجهين المذكورين غير جار في
صورة هبة احد الشريكين حصته من الآخر ومع ذلك لا يجوز تلك الهبة اما
عدم جريان الوجه الاول فيها فلان حاصل ذلك الوجه ان القبض منصوص
عليه في الهبة فلا بد من كماله وقبض المشاع لا يمكن ان يكون كاملا لانه
يكون بعض المقبوض له وبعضه لغيره وهذا لا يجري في هبة الشريك من
شريكه لانه يكون جميع المقبوض للقابض واما عدم جريان الوجه الثاني
فلان حاصل ذلك الوجه انه لو جاز هبة المشاع وثبت الملك للموهوب له
لكان للموهوب له ان يطالبه بالقسمة فيلزمه مؤنتها وهذا ايضا لا
يجري في تلك فان العين كلها تكون للموهوب له ولا يبقى له شريك فيها
فلا يلزم مؤنة القسمة وحاصل الجواب انه من قواعد الشرع ان يدار الحكم
على الدليل الغالب لصعوبة تجسس وجود العلة في كل فرد فرد بالنسبة
الى المكلف كقصر الصلوة ادير على السفر لوجود المشقة معه غالبا
وكوجوب الاستبراء صيانة للمياه عن الاختلاط ادير على استحداث الملك
فعدم جواز الهبة ادير على نفس الشيوع فيما يحتمل القسمة لوجود نقصان
القبض ولزوم مؤنة القسمة معه غالبا هذا هو تقرير الجواب على نهج الحق
والصواب وصاحب العناية رح لم يوفق لاستخراج هذا المحل اولا ان
المقصود من قول المص ولو وهب من شريكه لم يجز دفع السؤال بجوده حكم

حكم عدم الجواز في صورة الهبة من الشريك مع عدم جريان الوجه الثاني
من الوجهين المذكور حيث ضم الى القول المذكور قوله وان لم يلزم فيه مؤنة
القسمة اذ لو كان متنبهًا بان المقصود منه دفع السؤال بوجود حكم
عدم الجواز في الصورة المذكورة مع عدم جريان الوجهين لكان ينبغي
له ان يقول وان لم يكن القبض قاصرًا ولم يلزم فيه مؤنة القسمة ولعل ان
المراد بقوله ان الحكم ادير على نفس الشيوع الجواب عنه بانه ان لم يجر في تلك
الصورة الوجه الثاني وهو لزوم مؤنة القسمة الا انه يجري فيه الوجه الاول
وهو نقصان القبض فان الشيوع على الاطلاق مانع عن كمال القبض
اينما كان سواء وهب المشاع من شريكه او من الاجنبي فاعترض عليه من عند
نفسه بما حاصله انه وان علم بالجواب المذكور وجه كون الحكم في الصورة
المذكورة الا انه علم ان الوجه الثاني غير مطرد حيث لا يجري في عامة
الصور الا ترى الى قوله وعلى ذلك قيل الوجه الثاني غير متمش في جميع
الصور ثم اجاب عنه ايضا بقوله وهو غلط ولم يدر ان المص بقوله
لان الحكم يدار على نفس الشيوع كفى مؤنة الجواب عن عدم جريان الوجهين
في الصورة المذكورة ولم يحتج الى ما اطنب هذا الشارح اصلا مع ان
مساق كلام المص لا يساعد ما ذكره كما لا يخفى على المتامل فان قولهم الحكم
ادير على نفس كذا انما يذكر في صدد الاعتراف بان الحكمة التي هي مناط
الحكم لم توجد في الفرد المخصوص الا ان دليله الغالب موجود فيه وهو
يكونه وقد اغرب الاتقاني ايضًا في تقرير هذا المقام حيث قال جواب
سؤال يقال من جهة الخصم بان يقال عدم جواز الهبة في المشاع لا يخ
من احد الامرين اما ان يكون دائرًا على نفس الشيوع او على لزوم المطالبة
بالقسمة ان قلتم بالاول يبطل بالمشاع الذي لا ينقسم وان قلتم بالثاني
يبطل بما اذا وهب نصيبه من شريكه لا يجوز عندكم مع انه ليس فيه لزوم
المطالبة بالقسمة فاجاب عنه وقال الحكم تعلق بالشيوع لان الشرع
انما جعله مانعًا لاجل المطالبة بالقسمة فاقمنا الشيوع مقام المطالبة

بالقسمة

بالقسمة ولكن في موضع يتصور القسمة وفي الذي ينقسم لا يتصور وفي
هبة نصيبه من شريكه يتصور فاقيم مقامه انتهى ولا يخفى ان ما ذكره في
تقرير السؤال والجواب بمراحل عن الحق والصواب اما في تقرير السؤال
فلانه قد علل عدم جواز هبة المشاع مطلقا بوجهين احدهما ان الشرع
نص على وجوب القبض في الهبة فيشترط فيها غاية ما يمكن من القبض والممكن
في المشاع المحتمل للقسمة ما يكون بعد الافراز فلا بد منه والاخر لزوم
مؤنة القسمة فاذا كان مبنى الاعتراض في احد شقي السؤال المقدر
الوجه الثاني فكيف يحتمل ان يكون المبنى في الشق الاول لغير الوجه الاول
فيكون الصواب في تقرير السؤال ان يقال عدم جواز الهبة في المشاع
لا يخ من احد الامرين اما ان يكون بقصور القبض فيه او لزوم المطالبة
بالقسمة وكلا الاحتمالين باطل بمسئلة الهبة من الشريك لعدم قصور
القبض فيه وعدم تصور مؤنة القسمة واما في الجواب فلان الحصر الذي
افاده قوله لان الشرع انما جعله مانعا لاجل المطالبة فرية بلا مرية اذ
قد سبق احتمال كون المانع قصور القبض مع وجوب الكمال فالصواب
ان يقال لما وجد الوجهان غالبا في المشاع المحتمل للقسمة ادير الحكم
على نفس الشيوع الواقع فيما يحتمل القسمة فتدبر **قوله** فلا يتوهم
انه اختار قول من ذهب الى عدم الجواز اشارة الى الاختلاف الواقع
بين المشايخ في ان المراد من عدم جواز هبة المشاع المحتمل للقسمة
ماذا وترجيح ان المراد منه عدم التمام لا الفساد على ما افصح عنه
الاتقاني حيث قال قال علماؤنا هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة
لا يتم ولا يفيد الملك قبل القسمة وقال الشافعي انها تامة وبعض اصحابنا
قالوا انها فاسدة والاصح ما قلناه كالهبة قبل القبض ولا يقال انها
فاسدة بل غير تامة كذا هذا والحق انه تشبيه مليح وترجيح فصيح
لا يخفى حسنه ولطافته على اصحاب النهى والاحلام **قال** لانه
لو كان غير جائز لا حتاج الى تجديد العقد ثم عند الافراز في المشاع

كما في المعدوم **اقول** فيه بحث فان عدم الجواز بمعنى الفساد
لا ينافي ثبوت الملك عند اتصال القبض بالعين بعد زوال المفسد من غير
تجديد العقد بل العقد الفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض بالعين
مع بقا المفسد ايضا من غير تجديد العقد اصلا كالبيع الفاسد فان
حكمه انه اذا قبض المشتري المبيع بامر البايع صريحا او دلالة ملك المشتري
المبيع ولزم قيمته او مثله وما ذكره من الاحتياج الى تجديد العقد شان
الباطل لا الفاسد وعندنا فرق بينهما وان كان يطلق كل منهما في معنى
الآخر ويؤيد بحثي في هذا ما ذكر في الفصل الثاني من هبة التاتارخانية حيث
قال وهبة المشاع فيما يحتمل القسمة من رجلين او من جماعة عندهما صحيحة
وعند ابي ح فاسدة وليست بباطلة حتى يفيد الملك عند القبض الا ترى
كيف فرق بين الباطل والفاسد وجعل ثبوت الملك عند القبض مع
بقاء الشيوع سببا للفساد والظاهر ان من ذهب الى ان المراد من عدم الجواز
هو الفساد لم يرد به البطلان فلا وجه لترجيح ذلك القول بالوجه المذكور
اللهم الا ان يقال نعم ان العقد الفاسد يفيد الملك عند القبض الا انه
يكون لكل من المتعاقدين حق الفسخ رفعا للفساد وليس الامر فيما نحن
فيه كذلك الا ان الكلام فيما نقله الشارح من الاستدلال بعدم الاحتياج
الى تجديد العقد على ان ثبوت حق الفسخ في صورة بقاء الفساد وفيما نحن فيه
ان فرض الفساد بالشيوع ينقلب الى الصحة بالتسليم بعد التقسيم والعلم
بحقيقة الحال عند الخبير العليم **قوله** وتغايرهما يجوز نيابة
الاعلى عن الادنى **اقول** المفهوم مما ذكره الشارح ان يكون كل قبض
مضمون نائبا عن قبض الهبة وهو مخالف لما ذكر في التاتارخانية نقلا
عن الكافي حيث قال فاذا كانت العين الموهوبة في يد الموهوب له وديعة
او عارية او امانة ملكها بالهبة والقبول وان لم يجدد فيها قبضا
وكذا لو كانت مضمونة في يده بالقيمة او مثلها كالمقبوض على سوم البيع
والمغصوب فوهب له صح ويثبت الملك بمجرد العقد بخلاف ما لو كان

مضمونا

مضمونا بغيره كالمرهون والموهوب والمبيع فانه يحتاج الى تجديد القبض
وقد ذكر في بعض الشروح القديمة كغاية البيان فراجعها والعجب ان
احدا من المتاخرين كالجد الفاضل وبعض الاجلة لم يتعرض لهذا اصلا ثم ان
الامام برهان الدين رحمه الله تعالى قال في الفصل الثالث من محيطه في
بيان عدم نيابة قبض الوديعة والعارية عن قبض البيع ولو كان العين
وديعة في يد المشتري او عارية فاشتراه لا يكون قابضا بنفس الشراء لان
قبض الوديعة والعارية قبض امانة وقبض المشتري قبض ضمان فكانا
متغايرين وقبض الامانة ادنى ولا ينوب عن قبض المشتري ومعنى آخر
يخص الوديعة ان المودع قابض لغيره والمشتري قابض لنفسه والقبض
الواقع للغير كيف ينوب عن المستحق لنفسه **اقول** يتجه على ظاهر هذا الفرع
ان قبض الوديعة كما ذكره قبض لغير المودع المودع وقبض الهبة لنفس
الموهوب وقد تقرر ان الاول ينوب عن الثاني فتامل **قوله** ولو كان
بيده مغصوبا او بيبيع فاسد فوهبه اياه قال الجد الفاضل اي بلا اذن
البايع فلا يرد ان المقبوض في البيع الفاسد يكون ملكا للقابض على
ما يجيء بعد اسطر فكيف تصح هبته **اقول** قوله بلا اذن البايع
قيد للقبض المدلول عليه بقوله اذا كان بيده لا للبيع فحاصل الجواب
ان المبيع بيبيع فاسد انما يكون ملكا للمشتري اذا قبضه باذن البايع صريحا
او دلالة اما اذا قبضه بلا امر منه بان يقبضه بعد نهيه عن القبض مثلا
فما اورده بعض الاجلة على هذا الجواب مبنيا على ظن ان مراد الجد الفاضل
تقييد البيع الفاسد بكونه بغير الاذن حيث قال لا يخفى على ذي فطنة انه
لا حاصل بما ذكره اذ لا يتصور بيع فاسد بلا اذن البايع لان البيع مطلقا
لا ينعقد الا بايجاب وقبول والايجاب هو الاذن من البايع انتهى فانحو كد
ينبغي ان يتلهى بها في المحافل **قال** لانه في قبض الاب **اقول**
فيه مساهلة لانه جزم بكون الموهوب في قبض الاب مع انه لم يشر اليه
في وضع المسئلة فكانه اكتفى بان الاصل ان يكون الاملاك في يد الملاك

٨٤

قال او مبيعاً بيعاً فاسداً أن قيل المبيع بيعاً فاسداً اذا كان
مقبوضاً للمشتري يكون ملكاً له على ما عرف في كتاب وقد نص عليه المص هنا
ايضاً حيث قال او في ملك غيره فكيف يهب الاب لابنه ما هو ملك الغير
قلنا نعم انه يكون ملكاً للمشتري الا انه يكون لكل منهما وقد بين حق الفسخ
فيفسخ الاب بيعه الفاسد ثم يهبه من ابنه الصغير بل لا يبعد ان يجعل
نفس الهبة فسخاً للبيع الفاسد على ما ذكره بعض الاجلة فيما سبق عند
شرح قول المص واذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة لكنه
يرد على المص هنا ان يقال ان جعل هبة المبيع بيعاً فاسداً فسخاً للبيع
الفاسد بطريق الاقتضا يكون الاحتياج الى تجديد القبض لكون الموهو ب
في يد الغير لا في ملكه وكذا ان لم يكن فسخاً اذ الظاهر حينئذ ان يهب
بعد ما فسخ فيكون المحوج الى تجديد القبض يد الغير لا ملكه ولعله عن هذا
لم يذكر الا تعالى كونه ملك الغير قال وكذا كل من يعوله اي من
يعوله كلام في جواز قبضه عند عدم الاب ووصيه فتامل قوله
وجب ان لا يجوز اعتبار الخلف مع وجود اهلية اقول فيه بحث
فان العاقل البالغ الذي هو اهل للتصرفات قد يتصرف في العقود
بنفسه وقد يتصرف بوكيله وفيه ما فيه والاولى ان يقال في المناقشة
قد سبق انه لا بد من القبض الكامل في الهبة لتخصيص الشيء ثم والكامل
قبض الموهوب له نفسه فاذا كان قبض الصبي العاقل معتبراً كان ينبغي
ان لا يكفي قبض ابنه فتدبر

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله على نواله والصلوة على نبيه الكريم واله قيل
مدار التركيب على الجمع ومنه كتبت الكتابة لانه جمع الحروف وضم
بعضها الى بعض فسمي هذا العقد الذي جرى بين المولى وعبده
كتابة لانه لا يخلوا عن كتب الوثيقة عادة وقيل انما سمي العقد
كتابة لما يكتب فيه من الكتابة على العبد للمولى وعلى المولى للعبد
ولم يسم بها سائر العقود وان كان يوجد فيه معنى الكتابة
لئلا تبطل التسمية وقيل مشتقة من الكتابة لان العبد لا يتمكن
من اداء بدلها الا منجما والكتبة مضروبة في الدين المؤجل اقول
ان الاقوال المذكورة وان كانت صحيحة في نفسها الا ان الاوفق
للمعنى الفقهي والانسب لما ذكره المص فيما سيأتي ان يقال ان
في لفظ الكتابة انباء عن معنى الجمع والضم وفي عقد الكتابة
ذلك لانه عقد يوجب ضم مالكية اليد الحاصلة في الحال الى مالكية النفس
الحاصلة عند اداء المال على ما افصح عنه المص فيما سيجئ حيث
قال اما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكية
نفسه الى مالكية يده واما ما قيل سمي هذا العقد كتابة لما فيه
من ضم النجم الى النجم فلا يخلوا عن الخرازة لما فيه من ايهام بناء التسمية
على مذهب الشافعي مع امكان الاستغناء عنه بناء على مذهبنا كما ذكرنا
وذلك ان تفسير الكتابة عندنا ضم حرية اليد الى حرية الرقبة وعند
الشافعي ضم النجم الى النجم وبنى عليه مسئلتان احديهما انه جاز
ان يشترط بدل الكتابة حالا عندنا ولم يجز عند الشافعي الا بنجمين
والاخرى انه يعتق المكاتب باداء المال عندنا ولا يعتق عنده ما لم يقل
ان اديت فانت حر كذا وقال الامام برهان الدين في محيطه يجب
ان يعلم ان تفسير الكتابة لغة الضم والجمع اي ضم كان الا ان في عرف
لسان الشرع اذا ذكر هذا الاسم مضافا الى المملوك يراد به جمع

مخصوص

مخصوص وضم مخصوص وذلك ضم المولى العبد الى نفسه باثبات صفة
المالكية له يدا الحال قوله قال صاحب النهاية اورد عقد الكتابة
بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال
بمقابلة ما ليس بمال اقول المراد من كون الكتابة عقدا يستفاد به
المال امكان استفادة المال به لا انه لا يستفاد به الا المال فانه يجوز
الكتابة على الخدمة ونحوها وكذا الحال في الاجارة لما تقرر انه يجوز
اجارة النفع بالنفع اذا لم يكونا من جنس واحد ولعل وجه تبديل
لفظ المال بلفظ العوض المنتظم للمال والمنافع في قوله على وجه
يحتاج فيه الى ذكر العوض ما ذكرنا ثم اعلم ان المراد بالمال ههنا ما يعم
المال من وجه فان بدل الاجارة وان كان مالا من جميع الوجوه
الا ان بدل الكتابة مال من وجه دون وجه على ما نص عليه المص
في آخر باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله حيث قال ليس بمال من وجه حتى
لا تصح الكفالة به وقال الشراح مال الكتابة ليس بمال من وجه
بل مال من وجه وهو اشبه بالحقوق التي ليست بمال من وجه ولهذا
لا تصلح نصابا للزكاة ولا يوصف باللزوم ولا تصح الكفالة به ويمكن
ان يقال ان المراد من استفادة المال الاستفادة الحقيقية الحاصلة
حال دخوله في يد المولى ولا يخفى ان بدل الكتابة مال خرج من يد
العبد ودخل في يد المولى مال من جميع الوجوه وما ذكره من مالية
من وجه انما هو حال كونه دينا ثابتا في ذمة العبد اقول في كلام
صاحب النهاية ههنا بحث اما اولا فلان عقد الكتابة وان كان
عقدا يستفاد به المال اي بدل الكتابة في مقابلة ما ليس بمال
اي صفة المالكية وفك الحجر بالنظر الى جانب العبد لكنه عقد يستفاد
به المال بمقابلة ما هو مال بالنظر الى جانب المولى على ما نص عليه
صاحب النهاية نفسه حيث قال ولنا انه مبادلة المال بما ليس
بمال بالنظر الى جانب العبد لان البدل مقابل بما يثبت للعبد من صفة

المالكية وذلك ليس بمال او بمال اي بالنظر الى جانب المولى لان رقبة
العبد مال في حق المولى انتهى ثم اوجب ترجيح ذكره عند الاجارة نظرا
الى جانب العبد على ذكره عند البيع واما لا نظرا الى جانب المولى
فتامل واما ثانيا فلانا لا نسلم كون الاجارة مما يستفاد به المال
في مقابلة ما ليس بمال بل المال يستفاد فيها بمقابلة المال اذ المنفعة
على ما نصوا عليه ومنهم صاحب العناية حيث قال في مفتتح كتاب
الاجارة والاعيان والمنافع اموال فجاز ان يقع اجرة ومنهم
المص حيث قال في باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله ولا بدل النكاح
مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة اذ هي مبادلة
المال بالمال انتهى ولا يمكن ان يحمل هنا كلامه على كون المنافع اموالا
على الحالة الحكمية الحاصلة عند ورود عقد الاجارة عليها كما ذكرنا
ثمة من ان المقام لا يحتمله فعليك بالمراجعة اليه والوقوف عليه
قال وقوله بطريق الاصالة يخرج به النكاح والطلاق
والعتاق على مال اذ معنى الاحتياج الى ذكر المال بطريق الاصالة
عدم صحته بدون ذكره على ما يوضح من كلام الاتقاني حيث قال
فان العوض ليس باصل في الطلاق وكذا في النكاح لانه يصح بلا
تسمية المال ثم اعلم ان تقييد الطلاق والعتاق بكونهما على مال
لا لتخصيص الخروج بهما بل لظهور خروج غيرهما عند العالم بخروجهما
اذ المحتمل دخولهما لما فيهما من مبادلة المال بغير المال دون دخول
سائر اقسام الطلاق والعتاق فلا عبار فيه كما توهمه بعض الطلبة
قوله وذكر في بعض الشروح اراد به غاية البيان فانه قال فيه
ذكر كتاب المكاتب عقيب كتاب العتاق كان انسب وهكذا ذكر
الحاكم الشهيد في الكافي كتاب المكاتب وكتاب الولاء عقيب كتاب العتاق
لان الكتابة مالها العتق بمال والولاء حكم من احكام العتق
ايضا اقول فيه بحث ظاهر وهو ان ما ذكره من كون العتق مال الكتابة

لا

لا يقتضي انسبية ذكر المكاتب عقيب كتاب العتاق بل يقتضي العكس
كما لا يخفى على المتامل اللهم الا ان يكون ما ذكره مبنيا على ملاحظة
ما ذكروه لتعقيب الطلاق بالعتاق او ترجيح تقديم المقاصد
على الوسائل وانت خبير بان ما ذكرنا من البحث لا يرد اصلا
على تقدير ان يكون عبارة الاتقاني على ما نقله الشارح عنه حيث
قال فان الكتابة مالها الولاء والولاء حكم من احكام العتق الا انه
خلاف الواقع قوله وليس كذلك لان العتق اخراج الرقبة عن الملك
بلا عوض والكتابة ليس كذلك قال الحبر الفاضل رحمه الله تعالى
قوله والكتابة ليست كذلك ان اراد انها لا اخراج فيه فهو كالمكابرة
الا ترى انه اخراج اليد حالا والرقبة مالا وان اراد انها
ليست بلا عوض فمسلم ولا يمس الحاجة الى المناسبة في جميع
اجزاء مفهوم مع ان اعتبار انتفاء العوض في مفهوم العتق
غير مسلم ايضا كيف والعتق على مال باب من ابوابه اجاب عنه
بعض الاجلة حيث قال يمكن دفع ذلك بان مراد صاحب العناية
ان العتق اخراج الرقبة عن الملك حالا وبلا شرط عوض بل هي بشرط
عوض فيسقط ما ذكره ذلك القائل في كل من شقي ترديده اما سقوط
ما ذكره في شقه الاول فلانه لا شك في ان ليس في الكتابة اخراج
الرقبة عن الملك حالا وان وجد فيها الاخراج واما سقوط ما ذكره
من شقه الثاني فلان الكلام في الانسبية لا في مجرد المناسبة
فلا تغني لقوله ولا يمس الحاجة ثم انه لما كان مراد صاحب النهاية
بقوله بلا عوض بلا شرط عوض لا بشرط عدم العوض كما نبهنا
عليه من قبل لم يغن قول ذلك القائل مع ان اعتبار انتفاء ذلك
العوض في مفهوم العتق غير مسلم لان انتفاء اعتبار العوض
في مفهومه مما لا يرد عليه احد اقول فيه بحث من وجوه اما اولا
فلان اعتبار قيد الحالية في الاعتاق غير مسلم ولم يدل عليه

شئ من كلمات المشايخ كيف وتعليق العتق على مال وكذا التدبير باب
من ابوابه واما ثانيا فلانه اذا كان المراد من كون العتق
بلا عوض عدم اشتراط العوض لا اشتراط عدمه يكون عاما
لما هو بعوض وما هو ليس بعوض فتكون الكتابة نوعا منه
كما ان الهبة بشرط العوض نوع من انواع الهبة باب من ابوابه
مذكور في كتابه مع ان الهبة تمليك المال بلا عوض اي بلا شرط
عوض فلا يكون وجه لذكر كون العتق بلا عوض في صدد ارادة
ارادة التنافي بينه وبين الكتابة فتامل واما ثالثا فلان
ما ذكره من كون الكلام في الانسبية لا مجرد الانسبية المناسبة
لا يقتضي المناسبة بين الكتابة والعتق في جميع اجزاء مفهومه
وانما الذي يقتضيه ذلك ان يكون مناسبة ذكر الكتاب بعد العتق
ازيد واكثر من مناسبة ذكرها بعد الاجارة ولا يخفى ان هذه
الاكثرية لا تتوقف على ان تكون مناسبة الكتابة بالعتق في جميع
ذاتياته **قوله** والكتابة عقد بين المولى وعبده لقائل ان يقول
ان اراد انها عقد من جميع الوجوه ليس فيه جهة التعليق فليس
كذلك لما سيجيء من المص قبيل باب من يكاتب عن العبد حيث قال
ولان عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه الخ وقال الاتقاني
عقد الكتابة تعليق من وجه فلان فيه معنى اليمين وان اراد انه
عقد من وجه فلا يحصل الاحتراز به عن تعليق العتق على مال فانه
ايضا عقد من وجه على ما اوضح عند المص حيث قال ولنا انه
يعني تعليق العتق على مال تعليق نظرا الى اللفظ معاوضة نظرا
الى المقصود لانه جعلناه تعليقا في الابتداء عملا باللفظ
وجعلناه معاوضة في الانتهاء عند الاداء انتهى ولا يخفى
ان المعاوضة عقد فتامل فان قيل فان المراد به ما يحتاج الى الايجاب
وقبول متكفل لدفع هذا ثم ان المقصود تعريف الكتابة التابتة

بالفصل والاصالة دون الضمن والتبع فلا يرد عليه ما عسى يتوهم
من ان المكاتب اذا اشتراه او ابنه دخل في كتابته وصار مكاتبا
مع انه لا عقد فيه لان كتابتهما على وجه التبعية على ما تقرر هناك
قال التهلوي قالوا ركن الكتابة الايجاب والقبول فكتب في مكاتبة
المملوك على سيده بلا ايجاب وقبول كام ولد النصراني اذا اسلمت
صارت مكاتبة تسعى في قيمتها وتعتق باداتها على ما مر وكذا معتق
البعض الخ **اقول** ثبوت حكم مثل حكم الكتابة فيهما لا يقتضي ان يكونا
مكاتبتين حقيقيتين الا ترى الى ما ذكره المص في باب الاستيلاد
حيث قال واذا اسلمت ام ولد النصراني فعليها ان تسعى في جميع
قيمتها وهي بمنزلة المكاتبة الخ وان وقع في عبارة المص وغيره
اطلاق اسم المكاتب عليها فمبني على التشبيه البليغ او التجوز
كما لا يخفى **قوله** ان المكاتب بالعجز يعود رقيقا **اقول** هذا التعبير
شائع بينهم الا انه لا يخلو عن حزازة فان الرق غير زائل
عن المكاتب ولا ناقص فيه قبل التعجيز حتى يقال انه بالتعجيز يعود
رقيقا وانما الذي ينقص بالكتابة ثم يعود كاملا بالتعجيز هو الملك
يرشدك اليه ما ذكره الفاضل التفتازاني في التلويح حيث قال
فلو قال كل مملوك لي فهو حر لا يدخل فيه المكاتب لنقصان الملك فيه
لانه مالك رقبته لا يدا حتى يكون احق بمكاسبه فان قيل كيف
تتادى الكفارة بالمكاتب دون المدبر وام الولد **قلنا** لان
ذلك باعتبار الرق وهو في المكاتب كامل لانه عبد ما بقي عليه درهم
الخ اللهم الا ان يراد من عوده الى الرق عوده الى احكامه وفيه ما فيه
قوله دون المعلق على مال يعني ان المعلق على مال لا يزول عنه
هذا المعنى بالتعجيز حتى انه اذا عجز نفسه ثم ادى المال يعتق **قال**
والدليل على مشروعيتها العقد لا يخفى على عارف بلسان العرب
اقول ذهب الشارح في هذا المقام الى ان يكون واو المص بقوله

وهذا ليس امر ايجاب الخ بيان حكم آخر وراء المشروعية وان لم يكون
ذلك من تتمة الاستدلال بالاية على الجواز لعدم توقف دلالتها
عليه على كون الامر فيها للايجاب او غيره وانما ذهب الحنفية السنة
مع احتمال ان يكون مراده من الجواز الذي استدل عليه بالاية
الجواز الاصطلاحي الذي هو بمعنى الاباحة المفسرة بتساوي
الطرفين لا بمعنى المشروعية التي تنتظم عدة اقسام فيكون
قوله وهذا ليس امر ايجاب الخ مما يتوقف عليه تمام الدليل
ولعله انما ذهب الحنفية لكن بناء على ان الجواز بمعنى الاباحة لا ينتظم
ايضا الندب لرجحان جانب الفعل فيه ويختار المص نفسه ان يكون
الامر فيها للندب فلو حمل الجواز في المتن على ذلك المحمل لا يتم المرام
ولا يصح الكلام كما لا يخفى على اولي الاحلام قال المص وانما هو
امر ندب على الصحيح قال شمس الدين التفتازاني في فصول البدائع
الامر بالكتابة للاستحباب في ذا لا بوجه الاباء اي العلم بالخيرية
وقرينة عطف قوله وآتوهم اما على القول بان المراد الايتاء من بدل
الكتابة فظاهر واما على ان الايتاء من مال الصدقة فلدلالة الصرف
اليه على التعيين غير واجب عندنا انتهى اقول يمكن ان يناقش في هذا
الاستدلال بان يقال اولا ان القران في النظم لا يدل على القران
في الحكم على ما تقرر في موضعه وثانيا ان كون الامر في قوله تعالى
وآتوهم للندب لا للايجاب ليس باظهر من هذا الامر حتى يستدل به
عليه فانه كما اختلف في هذا الامر وذهب البعض الى انه للوجوب
على ما افصح عنه الشارح فيما سيأتي حيث قال قال الشافعي
يجب عليه حط ربع البدل وهو قول عثمان رضي الله عنه لظاهر
قوله تعالى وآتوهم فان الامر المطلق للوجوب انتهى وظهر ان قوله اما
على القول بان المراد الايتاء من بدل الكتابة فظاهر غير ظاهر
قوله وتقريره في الحمل على الاباحة الغاء الشرط لانها ثابتة بدونه

بالاتفاق

بالاتفاق اعترض عليه الحبر الفاضل رحمه الله تعالى حيث قال فيه
ان مفهوم الشرط لا اعتبار له عندنا اجاب عنه بعض الاجلة
حيث قال هذا ساقط لان معنى عدم الاعتبار بمفهوم الشرط
ان التقييد بمفهوم الشرط ان التقييد بالشرط لا يدل على نفي
الحكم عما عداه لا ان ليس في ذكره فائدة اصلا فان هذا لا يليق
بكلام البشر فضلا عن كلام خالق القوى والقدر اقول مراد
المعترض ان في تعليل لزوم الغاء الشرط على تقدير حمل الامر على الاباحة
بمفهوم يتبادر من الشرط المذكور ايماء الى ان فائدة الشرط
التي لا تدل على نفي الحكم عما عداه فان الظاهر ان حاصل التعليل
المذكور ان التقييد بالشرط للدلالة على انتفاء الحكم فيما انتفى
فيه ذلك الشرط واذا حمل الامر على الاباحة لم يبق مجال
لذلك لوجودها فيما انتفى فيه الشرط بالاتفاق بخلاف
ما اذا حمل على الندب فان الندبية لا توجد عند عدم العلم
بالخيرية ولا يخفى ان هذا عين الاعتبار بمفهوم الشرط
اللهم الا ان يقال لا نسلم ان حاصل التعليل المذكور ذلك
بل حاصله ان التقييد بالشرط عندنا يجعل الكلام ساكتا
عن بيان حال ما عدا صورة وجود الشرط غير متعرض له نفيا
واثباتا فاذا حمل على الاباحة التي توجد في صورة وجود الشرط
لكن لا ان عدم الوجود المستفاد من التقييد حتى يكون اعتبارا
بمفهوم الشرط لا يقال ان في هذا الجواب بحثا فان مبناه على لزوم
الغاء الشرط على تقدير عدم ظهور الفائدة له وقد ذكر في التلويح
في صدد الجواب عن ادلة الذاهبين الى اعتبار المفهوم ما يدفعه
حيث قيل فعلم ان موجبات التخصيص وفوائده اشياء كثيرة
غير محصورة فلا يحصل الجزم بان كل موجبات التخصيص منتف
على انه كثيرا ما يكون في كتاب الله تعالى وكلام الرسول صلعم

لكلمة واحدة الف فائدة يعجز عن دركها افهام العقلاء انتهى
لانا نقول ما ذكرنا انما يكون وجها لو لم يحمل التنفيس والتخصيص
على نفي الحكم عما عداه لعدم ظهور فائدة اخرى واما انه اذا دار
الكلام المقيد بين محملين متغايرين يلزم على تقدير الحمل على احدهما
الغاء القيد ظاهرا بالنظر الى عقولنا وعلى تقدير الحمل على الآخر
تظهر فائدته فوجب حمله على المحمل الثاني وصونه عن الالغاء
الظاهري فليس مما يرتاب فيه اصحاب العقول فضلا عن ان
ينازع فيه ائمة الاصول والامر فيما نحن فيه كذلك فانه اذا
حمل الامر بالكتابة على انه للاباحة يلزم الغاء التقييد بالعلم
بالخيرية ظاهرا وان امكن ان يكون له فائدة تقصر عنها عقولنا
وان حمل على الندب يكون فائدة التقييد عدم عموم الحكم المذكور
اعني ندب الكتابة لتلك الصورة فتدبر قوله فان كان
بعضهم فالافضل ان لا يكاتبه اعترض عليه المحقق الفاضل
رحمه الله تعالى حيث قال فيه بحث فانه على هذا التقدير لا يلزم
الغاء الشرط لو حمل على الاباحة فانه اذا لم يعلم فيهم خيرا
يكون ترك الكتابة مندوبا لا مباحا كما لا يخفى وحذى بعض
الاجلة حذوه اقول ان الشرط المذكور في الآية هو العلم
بالخيرية فلا يخفى ان صورة انتفاء هذا الشرط وهي صورة
عدم العلم بالخيرية ينتظم وجهين احدهما العلم بعدم الخيرية
وهذا الوجه هو المكروه والآخر ان لا يتعلق علمه باحد
الطرفين ولا شك انه مباح فثبوت الاباحة بدون الشرط
المذكور باق على حاله فتأمل قال صاحب البدائع اما الكتابة
فقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا ادنى درجات الامر
الندب فكانت الكتابة مندوبا اليها فضلا عن الجواز انتهى
اقول فيه بحث من وجهين اما الاول فلان المختار ان ادنى

درجات

درجات الامر الاباحة لا الوجوب فتأمل واما ثانيا فلان كلمة فضلا
لا بد من ان تقع بعد النفي ولم تقع في عبارته كما ذكر قال ولنا
ان موجب العقد يثبت من غير تصريح قال المحقق الفاضل رحمه الله
قال في حواشي الجلولية نقلا من المبسوط فكان حاصل الاختلاف
بيننا وبينه راجعا الى تفسير الكتابة فعندنا تفسيرها شرعا
ضم حرية اليد الى حرية الرقبة عند الاداء فكانه قال اوجبت
حرية اليد في الحال وحرية الرقبة عند الاداء ولو كان نص على هذا
كان يعتق عند الاداء فكذا هذا وعند الشافعي تفسيرها شرعا
ضم نجم الى نجم لا ضم حرية انتهى ولا يخفى عليك ان ما ذكره من الضم
ليس بتفسير الكتابة اقول يمكن ان يجاب عنه بان يقال
ما جعل تفسير الكتابة الضم الذي هو مصدر مبني للفاعل وما جعل
موجبا له هو الضم المبني للمفعول او يقال قد يراد من الكتابة
الكتابة القولية التي هي عبارة عن الايجاب والقبول الحسيين
الصادرين من العاقدين وقد يراد منها المعنى الشرعي المترتب
على ارتباط الايجاب والقبول ارتباطا حكميا كالبيع فانه قد يذكر
ويراد به قول البائع بعت والمشتري اشتريت وقد يراد به المعنى دلة
الشرعية المتحققة عند ارتباط الايجاب والقبول ارتباطا
حكميا ولا يخفى ان ضم حرية اليد الى الحرية الرقبة هو المعنى الشرعي
المذكور للكتابة فان اريد من الكتابة المعنى الاول يكون ذلك
الضم موجبا له وان اريد منها المعنى الثاني فيكون تفسيرا له فيمكن
التوفيق بهذا الطريق واما ما ذكره بعض الاجلة من ان كون الضم المذكور
موجب العقد لا ينافي كونه تفسير الكتابة لان موجب الشيء من لوازمه
وتفسير الشيء بلوازمه غير عزيز كما هو حال الرسوم عامة انتهى
فليس بشيء فان معنى ما تقرر من جواز تفسير الشيء بلازمه تفسيره
بعبارة دالة على انقسام الملزوم بلازمه لا تفسيره بربطه محله

عليه الا ترى انك اذا اردت تفسير الاسد بالشجاعة التي
تلزمه قلت هو الحيوان الشجيع ولا تقول هو الشجاعة والكلام
ههنا في جعل القسم الذي هو موجب الكتابة تفسيرا لها
فتنبه قوله كان الله تعالى امرنا ان نعطي المكاتبين مصدقا تنا
الى ان قيل يلزم على هذا المعنى ان يكون الخطاب الثاني
لغير من خوطب بالخطاب الاول ولا يجوز ذلك في مثل هذا
الكلام من غير تصريح بالنداء فانه لا يقال قم واقعد اذا
كان المخاطب بالقيام زيدا وبالقعود عمروا قلت جوزوا
امثال ذلك الا ترى الى ما ذكره الزمخشري في تفسير قوله تعالى
ولا يحل لكم ان تأخذوا مما آتيتموهن شيئا الا ان يخافا الا
يقيما حدود الله فان خفتم الا يقيما حدود الله الآية
حيث قال ان قلت لمن الخطاب في قوله تعالى ولا يحل لكم ان تأخذوا
ان قلت للازواج لم يوافقه قوله فان خفتم وان قلت للائمة
فهؤلاء ليسوا بآخذين قلت يجوز الامران جميعا ان يكون
اول الخطاب للازواج وآخره للائمة والحكام انتهى وفيه
ما فيه فليتأمل قوله والجواب ان دلالة الآية على ذلك
خفية جدا اقول حسن التعبير عن الحال اولا ونعم ما فعل
فيما قال ولكنه حيث عدل عن نفي الدلالة الى القول بخفائها
على ان المتمسك بالآية على المعنى المذكور عثمان رضي الله عنه
على ما افصح عنه بنفسه بقوله وهو قول عثمان رضي الله عنه
لظاهر قوله تعالى وآتوهم من مال الله الذي آتاكم انتهى
فاستعار الخفاء للعدم كما استعار القلة لمعنى النفي
وهذا مع ظهوره جدا قد خفي على الجد الفاضل رحمه الله تعالى
قوله لانا لم نجعل القرآن موجبا لا وجه لهذا الجواب اصلا
على ما اشار اليه بعض الافاضل لكنه لو قيل الجواب ان الوجوب
وان

وان كان معنى حقيقيا لصيغة الامر الا ان الندب ايضا ليس بمعنى
مجازي له بل هي حقيقة قاصرة فيه على ما تقرر في موضعه والقران
في النظم وان لم يكن موجبا للقران في الحكم فلا يكون قرينة موجبة
لصرف اللفظ عن معناه الحقيقي الى معناه المجازي الا انه لا يخلو
عن ترجيح القران في الحكم وتأنيس فلا يبعد ان يجعل قرينة على حمل
اللفظ على ما هو حقيقة قاصرة فيه لكان له وجه فتأمل
قال ولنا ظاهر ما تلونا من غير شرط التنجيم لقائل ان يقول
هذا لا ينتهض الزاما للشافعي فان له ان يقول لا حاجة
الى ذكر اشتراط التنجيم ظاهرا لكفاية دلالة لفظ الكتابة
عليه فان تفسير الكتابة عنده على ما ذكر في اكثر الشروح
ضم النجم الى النجم فالامر بالكتابة عنده امر بالتنجيم كما لا يخفى
على من له ذهن سليم ويؤيده ما ذكرنا ما ذكره صاحب البدائع
حيث قال وقال الشافعي لا يجوز الا منجما وجه قوله ان
العبد عاجز عن تسليم البدل الحال حقوله وكذا ما اخذ الاسم
يدل عليه فان الكتابة ماخوذ من الكتب والكتاب يذكر
بمعنى الاجل قال الله تعالى وما اهلكنا من قرية الا ولها كتاب
معلوم اي اجل لا يتقدم ولا يتأخر فسمي هذا العقد كتابة
لكون البدل فيه منجما الى قال والبدل معقود به فاشبه
الثمن الى ان قيل ان كون بدل الكتابة معقودا به ليس
على اطلاقه بل اذا كانت الكتابة على العين فهي معقود
عليها والقدرة شرط على ما اعترف به المص نفسه في باب الكتابة
الفاسدة حيث قال قلنا العين في المعاوضة معقود عليه
رح والقدرة على المعقود عليه شرط الصحة وكذا الشارح
حيث قال فان قيل قد تقدم ان لبدل الكتابة حكم الثمن
في البيع حتى لو كان ذكر مبني جواز الكتابة الحالة والثمن

معقود به لا معقود عليه فلا يكون القدرة عليه شرطا فالجواب
انّ ذلك كان من النقود وليس الكلام فيها وانما هو في العين الخ
قلت انّ كون البدل مقصودا به في تلك الصورة كاف في تمام
مرام المقام اذ الشافعي لا يجعل اشتراط التنجيز لتحصيل البدل
في صورة الكتابة على العين فتامل قوله ووجود المعقود
به ليس كذلك اقول ان اراد انّ الجزم بوجود المعقود به
ليس شرطا للبيع فمسلّم ولا يجدي نفعا فان الكلام في اشتراط
امكانه وتوهمه وان اراد انّ امكانه وتوهمه ايضا ليس بشرط
فلا يخفى انّ الاجماع على جواز ابتياع المفلس الذي لا يملك الثمن
ولا يدله عليه فان للمفلس اهلية الملك من حيث انه حرّ وانما فاته
بحسب ظاهر حاله ولذا لا يمكن الجزم والقطع بعدم ملكه الا ترى
الى ما ذكره المصنف في كتاب الحجر حيث قال وعند ابي حنيفة لا يتحقق
القضاء بالافلاس لان مال الله تعالى غاد ورائح ولان وقوف
الشهود على المال لا يتصلح الا ظاهرا فيصلح للدفع لا لابطال
الحق وانت خبير بان الامكان منتف فيما نحن فيه لعدم
الاهلية قوله وبدل الكتابة معقود به لا محالة اقول
فيه بحث فان بالعجز عن اداء بدل الكتابة ينفسخ العقد
على ما سيجيء وذلك من خصائص المعقود عليه وعن هذا
قال تاج الشريعة رحمه الله تعالى بدل الكتابة ثمن من وجه
ولهذا يجوز الاستبدال به قبل القبض ومبيع من وجه
وهذا اذا عجز عن الاداء ينفسخ العقد فوفرنا على الشبهين
حظهما وذلك بالفسخ عند العجز وبعدم اشتراط القدرة
عليه عند العقد انتهى الا انه يتجه عليه ايضا ان يقال
توفير حظ شبه الثمن قد يحصل بجواز الاستبدال به
قبل القبض كما حصل توفير حظ شبه المبيع بالفسخ عند العجز

فاوجه

فاوجه ترجيح جانب الثمنية في عدم اشتراط القدرة عند
العقد على العكس فتامل قال لتحقق الايجاب والقبول
اذ العاقل من اهل القبول لم يذكر وجه تحقق الايجاب
مع ذكره في المدعى بناء على ظهوره حيث لم يفرض في وضع
المسئلة قصور في المولى قوله لتحقق الركن منه وهو الا يجاب
والقبول الحكم لم يرد ان مجموع الايجاب والقبول صدر منه
بل اراد انه صدر منه من الركن ما يليق به وفسّر الركن
بهذه المناسبة فالضمير في قوله وهو الايجاب والقبول
راجع الى الركن لا الى ما صدر من العبد الصغير من الركن فتعبيره
نوع من نوع مسامحة ولذلك قال الجد الفاضل رحمه الله تعالى
الظاهر ان يقال فيما بدل قوله منه قوله لانه يدخل في سائر
الديون ان اراد دخوله في سائر الديون الواجبة على الاحرار
فلا يخفى انه لا يجدي شيئا وان اراد دخوله في سائر الديون
الواجبة على العبيد فلا يخفى انه لا يثبت على العبد دين سوى
بدل الكتابة قال اما الخروج من يده فلتحقق معنى الكتابة وهو
الضم فيضم مالكية اليد الى مالكية نفسه قال الشارح الدهلوي
فيه قال ليكون لتحقق معنى الكتابة ان هذا العقد لا يخلو عن كتبه
الوثيقة عادة صرح في الكافي في اول الكتاب في وجه تسميتها
كتابة الخ اقول مبناه على ظن ان المراد من تحقق معنى الكتابة
تحقق معناها اللغوي كما ذهب اليه الشيخ اكمل الدين ايضا
كما سنبينه ان شاء الله تعالى وليس الامر كذلك بل المراد تحقق
معناها اللغوي وهو عندنا ضم حرية اليد الى الحرية النفس على ما
ذكره الجد الفاضل فيما سبق نقلا عن بعض الشراح فلا يرد
عليه شيء فتامل قوله لغة ان قيل هل للمعاني اللغوية مساس
بالاحكام الشرعية حتى يعلل حكم خروج العبد من يد مولاه

يكون الكتابة في اللغة بمعنى الضم قلت نعم قد يدار بعض
من الاحكام الموضوعة الشرعية على المعاني اللغوية الا ترى
الى ما ذكره المص في مفتتح كتاب العارية حيث قال وهي تمليك المنا فع
بغير عوض وكان الكرخي يقول هو اباحة الانتفاع بملك الغير
ونحن نقول انه ينبئ عن التمليك فان العارية من العرية وهي
العطية وما ذكره في كتاب الاجارة حيث قال الاجارة عقد
على المنافع بعوض لانه في اللغة بيع المنافع وقال في كتاب الرهن
ولان الرهن ينبئ عن الحبس الدائم قال الله سبحانه وتعالى
كل نفس بما كسبت رهينة وقال قائلهم وفارقتك برهن
لا فكاك له والاحكام الشرعية تنعطف على الالفاظ على وفق
الانباء وقال الشارح هناك فثبت ان اللغة تدل على انباء
الرهن عن الحبس الدائم والاحكام الشرعية تنعطف على الالفاظ
على وفق الانباء فيكون لفظ الرهن في العقد الشرعي منبئا
على الحبس الدائم لانه المفهوم ولا مقتضى للعدول عنه ولكن
هذه القضية عندك انتهى الا انه حمل على المعنى اللغوي يرد عليه
ما اورده الدهلوي فلذا لكن حملناه على المعنى الشرعي الا انه
ايضا لا يخلو عن الكلام كما لا يخفى على اولي الافهام قوله المالكية
نفسه التي تحصل عند الاداء الخ حمل مالكية النفس على مالكية الرقبة
التي هي عبارة عن الحرية وكان يمكن ان يحمل على مالكية الدم
والحيوة فلا يحتاج الى القول بانه يحصل عند الاداء ولا الى ما
يتفرع عليه من القيل والقال من الجواب والسؤال فان ذكر حاصل
في الرتوج ولم يكن مكاتبا والرق لا ينافيه على ما تقرر في موضعه
قال في التوضيح ولا يبطل اي الرق مالكية غير المال كالنكاح والدم
والحيوة انتهى وعن هذا ذهب الاتقاني الى حمله عليه حيث قال
فيضم هذه المالكية مالكية العبد الا ترى ان مولاه لا يملك

نفسه

نفسه وان كان يملك رقبته ولهذا لا يملك المولى اتلافه ولا نفسه بازهاق
حيوته الخ ولعله انما لم يحمله عليه لان العين المذكور يوجد بعينه
في اذن العبد حيث ينضم بالاذن مالكية اليد الى مالكية الحيوة
والدم فلا يكون معنى لحمله معنى الكتابة فتبصر قال اجيب
ان مالكية النفس قبل الاداء ثابتة من وجه قال الجد الفاضل
نعم اسمها فيه بحث وما اسرع ما نسي قوله التي تحصل عند الاداء
ولا يخفى عليك ايضا ان الجواب عن هذا السؤال لا يحتاج الى هذا
بل يجوز ان يقال الضم انما يتحقق حين وجود مالكية النفس على قياس
ضم النجم الى النجم اقول فيه نظر اما اولا فلان المراد من حصولها
عند الاداء حصولها من جميع الوجوه فلا ينافي ذلك حصولها
قبل الاداء من وجه فليس فيما ذكره الشيخ الشارح ما يدل
ما يدل على النسيان كما يظهر ذلك عند الامعان واما ثانيا
فلان تحقق معنى الكتابة يجب ان يكون حال بقاء الكتابة وعند
حصول مالكية النفس لا تبقى الكتابة فلم يصح ما ذهب اليه
من نفي الاحتياج الى الجواب المذكور ولا قياس الضم بضم النجم
الى النجم اذ النجمان يتحققان حال وجود الكتابة وقد اشار
الى هذا تاج الشريعة حيث قال في تقرير السؤال فان قلت الضم
لا يتحقق الا بين الشيئين ومالكية اليد مع مالكية النفس لا يتحققان
لان مالكية النفس عند الاداء وعند ذلك لا تبقى الكتابة فلا يتحقق
الضم انتهى وقد اعترض بعض الاجلة على كلام الجد الفاضل
بوجه اخر حيث قال ليس هذا بسديد اذ لو لم يتحقق الضم
حين مالكية النفس لبطل اصل كلام المص وهو قوله اما الخروج
من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فان تحقق الضم حين
مالكية النفس لا يتوقف على الخروج من يده في الحال بل يتيسر
بالخروج من يده حين مالكية النفس التي تحصل عند الاداء على ما مر

اقول هذا ظاهر الورود الا انه يمكن ان يجاب عنه بان يقال الضم انما يستعمل فيما اذا كان البعض متحققا بعد البعض الآخر واما اذا تحقق الشيئان معا فلا يقال فيه انه ضم احدهما الى الآخر الا ترى انه لم يقل بان في الاعتاق معنى الضم مع انه يحصل للعبد به شيئان وهو المعبد وحرية الرقبة يؤيده انه قال صاحب النهاية في باب الكتابة الفاسدة لان مقتضى الكتابة شرعا ايجاب حريتين على سبيل التعاقب وهو اثبات حرية اليد اولا ثم حرية الرقبة مرتبا على حرية اليد بطريق التعاقب فيكون اعتاقا على مال ولا يكون كتابة انتهى قوله لانه يثبت بها للمكاتب نوع مالكية وهو مالكية اليد فيثبت في ذمته حق من وجه وهو اصل البدل الخ اقول هذا هو الاستخراج الصحيح لا ما ذهب اليه الاتقاني حيث قال فيثبت له نوع مالكية اي يثبت للعبد مالكية اليد ويثبت له في الذمة حق من وجه اي يثبت للمولى في ذمة المكاتب حق من وجه وهو ملك الرقبة بخ دون ملك اليد انتهى فان الكلام في مساواة انما ثبت لكل من المتعاقدين بعقد الكتابة ولا يخفى ان مالكية اليد للعبد وان كان يثبت بعقد الكتابة الا ان مالكية الرقبة للمولى على العبد ليست ثابتة به وانما الثابت للمولى به بدل الكتابة فتأمل قوله وان كان حقا من وجه فانه ثابت في الذمة مع المنافي قال تاج الشريعة في تقرير وجوه الضعف لانه عبد وذمته ضعيفة فلا يثبت في ذمته حق من كل وجه ولانه يسقط بالتعجيز ولو كان الحق من كل وجه لما سقط بالتعجيز كغيره من الديون ولانه مال من وجه فالحق ايضا يكون من وجه وقد تبين كونه مالا من وجه حيث قال لانه يثبت للمكاتب نوع المالكية وفي مقابلته يجب في ذمته شيء وهو مال من وجه حيث قال اذ الثابت له مال من وجه لانه وصف شرعي يظهر اثره في المطالبة ويصير بعاقبته

مالا فيكون مالا من وجه دون وجه انتهى اقول في الوجهين الاخيرين بحث اما الاول فلانه سقوط بدل الكتابة بالتعجيز بسبب عود رقبته الى الرق بالتعجيز فلو كان يخرج العبد من ملك المولى بمجرد الكتابة وهو عبارة عن حصول الحرية له لكان لا يرد الى الرق بالتعجيز فكان لا يسقط البدل الا بالاداء او الابراء فلو وجه لتعليل عدم المساواة على تقدير حصول الحرية بطريق التنجيز لسقوط البدل بالتعجيز واما في الثاني فلانه لو اريد من عدم المساواة بكون البدل حقا من وجه كونه دينا ثابتا في الذمة لا عينا ظاهرا لكان يلزم بما ذكره المص هاهنا ان تفوت المساواة في اكثر صور البيع فان المبيع عين ظاهر هو حق من جميع الوجوه والثمن دين ثابت في الذمة فيه يمكن الوصول اليه وقد لا يمكن فتأمل قوله لا يقال المساواة فائتة على ذلك التقدير ايضا لان نوع المالكية ثابت له من كل وجه اقول لا يرد هذا السؤال راسا ولا حاجة في جوابه الى ما ذكره بقوله لان نوع مالكيته ايضا ضعيف فان ثبوت نوع المالكية لا يوجب ما كان في ضعف المالكية الحاصلة للعبد اذ ثبوت نوع المالكية عبارة عن ثبوت المالكية من نوع فيعادل ثبوت الحق من وجه وهذا هو مراد المص على ما يفصح عنه سياق كلامه ولا ينازع فيه من له فطرة سليمة فصل في الكتابة الفاسدة قال واذا كاتب المسلم عبده على خمر سواء كان العبد المكاتب مسلما او ذميا على ما افصح عنه صاحب البدائع حيث قال ولا تصح كتابة المسلم عبده الكافر او الذمي على الخمر او الخنزير وكذا لا يجوز كتابة المسلم على ما نص عليه الاتقاني فدار فساد الكتابة على الخمر والخنزير اسلام احد المتعاقدين ايهما كان ويفهم ذلك من قول المص فيما سيجيء واذا كاتب النصراني عبده على خمر فهو جائز معناه اذا كان مقدارا معلوما والعبد كافر

في الكتابة الفاسدة

انتهى

فان المفهوم معتبر في الروايات على ما تقرر في موضعه **قوله** فانهما
ليسا بمال متقوم في حقه **اقول** اراد بزيادة لفظ التقوم بيان
ان المنتفي في حق المسلمين تقوم الخمر والخنزير لا ماليتهما كما هو المفهوم
من ظاهر عبارة المص وقد نص على هذا في فتح باب البيع الفاسد
في شرح قول المص والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة
البيع وهو مبادلة المال بالمال فانهما مال عند البعض حيث قال
اي متقوم وانما اولنا به لكونه مالا عندنا بلا خلاف لكنه ليس
بمتقوم لان الشرع ابطل تقومه في حق المسلمين الخ ويؤيده
ما ذكره صاحب البدائع حيث قال في عد الشرائط الراجعة الى بدل
الكتابة ههنا ان يكون مالا ولا ينعقد الكتابة على الميتة والدم
لانهما ليسا بمال في حق احد لا في حق المسلم ولا في حق الذمي
ومنها ان يكون متقوما فلا يصح كتابة المسلم عبده المسلم
او الذمي على الخمر والخنزير لان الخمر وان كانت مالا في حق غيره
فهي غير متقومة في حقهم انتهى **فان** قلت ما الفرق بين انتفاء المالية
وانتفاء التقوم وهل لا يستلزم انتفاء الثاني انتفاء الاول
قلت يفصح عن الفرق المذكور ما ذكره الدهلوي حيث قال
فقد صرحوا بان الخمر والخنزير مال في حق بان الخمر والخنزير مال
في حق المسلم ايضا الا انهما ليسا بمتقومين الا ترى انه
يجري التوارث فيهما بين المسلمين انتهى **اقول** كان ينبغي للشارح
على ما ذكرنا ان يذكر ايضا قيد التقوم في قول المص فيما سيجيء
ان الخمر مال في الجملة فتدبر **قال** اما الثاني فلان القيمة مجهولة
قدرا وجنسا ووصفا للقائل ان يقول ان مجهولية الوصف
لا تقتضي فساد العقد على ما نص عليه كثير من المعتبرات منها
البدائع فانه قال فيه في عد شرائط البدل ومنها ان يكون
معلوم النوع والقدر سواء كان معلوم الصفة او لا حتى لو

وان كان

وان كان معلوم النوع والقدر مجهول الصفة جازت الكتابة **قال**
ولانه تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد اعترض عليه بوجوه
منها ان التنصيص على موجب العقد الفاسد لا يزيد على التنصيص
على فساد العقد ولكن لو نص على الفساد ولم يكن هناك مفسد
كان يقول كاتبتك بالف درهم كتابة فاسدة وقبل العبد يجب
ان تصح الكتابة لان الفساد لا يثبت بمجرد القول انما يثبت
بما هو مفسد شرعا ومنها ان القيمة تجب في الكتابة الصحيحة
ايضا كام ولد النصراني اذا اسلمت تكاتب عليه وتسعى في قيمتها
وتعتق باداءها وكمعتق البعض فانه مكاتب عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى
ببعض قيمته فلا تنتفي القيمة موجبا للكتابة الفاسدة **اقول**
في الجواب عن الاعتراض الاول ان التنصيص على الفساد بعد ظهور الصحة
بعدم تمكن المفسد في المعقود عليه والمعقود عليه لا يفيد شيئا
كما في الصورة التي ذكرها حيث فرض العقد فيها على الف درهم مضافا
الى المخاطب بخلاف ما نحن فيه فانه وقع التنصيص على موجب العقد
الفاسد في تعيين بدل الكتابة فلا يصح قياسه على تلك الصورة
بل انما يقاس على ما لو قال كاتبتك على خمر في الكتابة الفاسدة والظاهر
انه يفسد العقد في تلك الصورة **اقول** في الجواب عن الاعتراض الثاني
ان الصورة المذكورة ليست بكتابة حقيقة لانها لا عقد فيها الا انه ثبت
فيها بعض احكام الكتابة وهو العتق باداء المال وان وقع عن بعض
المشايخ اطلاق اسم الكتابة عليها فمبناه على التجوز والتوسع الا ترى
انها لا ترد الى الرق بالتعجيز على ان الكلام في التنصيص على موجب العقد
الفاسد وليس في الصورة المذكورة عقد وان كان فيها كتابة بمعنى الحاصل
واراد المص ان ما نحن فيه كتابة بعقد فالتنصيص فيه على موجب العقد
الفاسد يقتضي فساد هذا العقد ايضا ولعله لذلك اتى بلفظ العقد
ولم يقل ولانه تنصيص على موجب الكتابة الفاسدة فتدبر **قوله** فاما

اذا كان بدلا عن الخمر كما ذكر في بعض الشروح فيجوز ان يكون ذلك
غير ظاهر الرواية اقول هذا الاحتمال مما لا يخطر بالبال فان الخمر
والخنزير غير متقوم عند المسلمين على ما سبق فاحتمال ان يروى
عن بعض علمائنا اعتبار القيمة لها او قيمته له ولو في غير ظاهر الرواية
بعيد جدا وما ذكره الجد الفاضل نعم ان كان بقوله ونظيره ما سيجيء
رواية عن ابي يوسف فيما اذا كاتب عبده على عين بعينه لغيره
انه يجوز في رواية عنه اجاز ذلك صاحب المال او لم يجز غير انه
عند الاجازة يجب تسليم عينه وعند عدمه يجب تسليم قيمته كما في
الكافي انتهى فغير مفيد اصلا اذ المراد منه العين المتقومة لا يجب
من بعض الافاضل انه مع انكاره لمثل هذا الاحتمال في باب ما يجب فيه الشفعة
وما لا يجب بها اشد الانكار حيث قال واما الثاني فلان اعتبار
قيمة الخمر في البيع الواقع بين المسلمين غير ممكن لان مثل الخمر غير متقوم عند
اهل الاسلام فكيف يتصور اعتبار القيمة لها او قيمته له انتهى
لم يتعرض هنا لبعد هذا الاحتمال اصلا قوله وهذا اي وجوب
القيمة بالغة ما بلغت قال بعض الافاضل يحتمل كلام المص على هذا
لو نزا ما ان يكون المراد بالنقصان في قوله لان المولى راض بالنقصان
هو النقصان عن القيمة فيلزم ان يكون قوله فيما قبل ولا ينقص عن المسمى
خاليا عن التعليل والبيان بالكلية مع انه مطلب مقصود بالبيان
الخ اقول لقائل ان يقول يعلم تعليله وبيانه ضمنا فانه اذا جعل المولى
غير راض بالناقص عن القيمة مع تسميته اقل منها استدلالا ببقاء
العبد في ملكه على تقدير عدم العتق فعدم جعله راضيا بالنقصان
عن المقدار الذي سماه ونص عليه في العقد يثبت بطريق الاولوية
قوله لان المولى راض بالنقصان سواء كان في المسمى او في القيمة
اعترض عليه بعض الافاضل حيث قال هذا ممنوع لكنه في تنصيص المولى
على قدر معين دليل على رضاه بقدرها سواء كان ناقصا عن القيمة

اولا

اولا اقول فيه بحث فانه يجوز ان يكون تنصيصه على ذلك المقدار المعين
لبيان عدم رضائه بالناقص منه على تقدير كون القيمة ناقصة منه
لا لبيان رضائه به وعدم طلب الزيادة عليه على تقدير كون القيمة
زائدة عليه وقد تقرر ان العدد قد يكون لمنع النقصان عند القرينة
وما ذكروه من عدم تضرر المولى عن عدم العتق لبقاء العبد في ملكه
يكون قرينة معينة لذلك قوله ولعل التصور على هذا الوجه
يسقط ما قيل قال بعض الافاضل لا يخفى ان الذي يتكلم يلزم من عدم
الرضا بالزيادة عند عدم ابتداء العقد انما هو عدم ثبوت العتق
رأسا لا بطلان حقه في العتق كما يقتضيه عبارة المص اذ الظاهر
ان بطلان حق شخص في شيء انما يكون بعد تعلق حقه به اولا الخ
اقول يمكن ان يقال ان بصدور الايجاب من المولى يثبت للعبد
نوع حق في العتق من جهة انه يثبت له ان يقبل فيعتق بالاداء
فقول المص فلم يبطل حقه مبني على ذلك فتدبر ثم ان جماعة من الشراح
اجاب عن ذلك السؤال بوجه آخر حيث قالوا فان قيل ما وجه
قوله لكيلا يبطل حقه في العتق واعتبار القيمة بعد وقوع العتق
باداء الخمر وانه لا يقبل البطلان قلنا يحتمل ان القاضي يرى صحة
ما روي عن ابي حنيفة انه اذا كاتب على الخمر وقال ان اديتها فانت
حر فادى الخمر لا يعتق فلو قضى القاضي بتلك الرواية يبطل حقه
في العتق انتهى واعترض على هذا الجواب ايضا بعض الشراح ثم اجاب
عنه حيث قال فان قلت اذا لم يعتق لا يجب عليه السعاية ايضا فلا
يتأتى القول بالزيادة والنقصان قلت يحتمل ان المص اختار في اتمام
النكتة غير ظاهر الرواية اقول لا السؤال شيء ولا الجواب بل كل منهما
امر عجاب اما السؤال فلان من اجاب بقوله يحتمل ان القاضي يرى
صحة ما روي عن ابي حنيفة لم يرد ان بطلان حق العبد في العتق
على تقدير عدم رضائه بالزيادة وثبوت حقه فيه على تقدير رضائه

بما يتحقق بالمراجعة الحسن برى صحة ما روى عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى
حتى يتجه عليه ان يقال اذا كانت المراجعة اليه بطل حقه في العتق
سواء رضي بالزيادة ام لا بل مراده ان العبد يرضى بان يؤدي ما
يتعين للحكم من الزيادة على المسمى الى تمام القيمة خوفا على تقدير
امتناعه عن ادائه الى القاضي برى صحة ما روينا عن ابي حنيفة ثم
يبطل حقه في العتق بالكلية رضي بالزيادة ام لا واما الجواب
فلان ما ذكره في السؤال ان اختيار غير ظاهر الرواية في تمام
النكتة غير مفيد فان المذكور في النكتة رضاء العبد بالزيادة
طلبا للعتق وعلى غير ظاهر الرواية لا يثبت له العتق لا بالزيادة
ولا بالنقصان فما ذكره في الجواب طريق دفع هذا الاشكال كما لا يخفى
قوله فان قيل القيمة مجهولة فكان الواجب ان يفيد البطلان الخ
لا يخفى ما في تقرير السؤال المقدر من التقصير فانه دعوى وجود افادة
الجهالة للبطلان دون الفساد من غير ذكر شيء يدل على ذلك
دونه خرط القتاد اذ الشائع المشهور في هذا الفن ان يكون
مفاد الجهالة الفساد دون البطلان كما تقرر في كتاب البيع وسائر
الكتب فكان الصواب ان يقول في تقريره فان قيل القيمة مجهولة فكان
الواجب ان يفيد البطلان دون الفساد كما اذا كاتب على ثوب غير معين
حيث يبطل العقد ولا يثبت العتق اصلا لجهالة البدل ويجعل قول
المص وأثر الجهالة الخ جوابا عن هذا الاشكال المقدر وقوله
بخلاف ما اذا كاتب على ثوب بيانا للفرق بين الجهالتين ولعدول المشائخ
عما ذكرنا حمل قول المص بخلاف ما اذا كاتب جوابا عن سؤال مقدر
آخر على ما اشار اليه بقوله فان قيل الكتابة على ثوب الخ **قال** لانه
لا يوقف على مراد العاقد لاختلاف اجناسه يرد على ظاهره ان يقال
ان اختلاف الجنس موجود في صورة الكتابة على القيمة ايضا على ما نص
عليه المص نفسه حيث قال فيما سبق واما الثاني فلان القيمة

مجهولة

90

مجهولة قدرا وجنسا ووصفا والمقومون انما يعينون مقدار قيمته
من كل جنس لانهم يعينون الجنس ايضا وغاية ما يمكن في الجواب عنه
ما افاده المولى الهلوي من ان الدراهم والدنانير جنسان من وجه حيث يجوز
مبادلة احدهما بالاخرى مع الفضل وجنس واحد من وجه فان الثمنية
تجمعهما فكلام المص الاول مبني على الاول والثاني على الثاني ويؤيده
ما ذكره المص في اواخر كتاب الشفعة حيث قال وان ظهر انها بيعت بدنانير
قيمتها الف فلا شفعة وكذا اذا كانت اكثر وقال زفر له الشفعة
لاختلاف الجنس ولنا ان الجنسية متحدة في حق الثمنية وبه يندفع
ما اورده بعض الاجلة على كلام الشارح بقوله الجواب عنه استدراك
مراده بتقويم المقومين الخ فتامل **قال** لانها لا تتعين في المعاوضات
انما قيد بالمعاوضات ولم يقل في العقود احترازا عن الوكالة فان
الدراهم والدنانير يتعينان فيها على ما افصح عنه المص في كتاب الوكالة
حيث قال في فصل الوكالة بالشراء وان ابا حنيفة رحمه الله انها تتعين
في الوكالات الا ترى انه لو قيد الوكالة بالعين منها او بالدين منها
ثم استهلكها او اسقطه بطل الوكالة انتهى **قال** وعن ابي حنيفة رحمه الله
رواه الحسن انه يجوز حتى اذا ملكه وسلم يعتق **اقول** فيه بحث
فان حصول العتق بملك العين المسماة وتسليمها لا يتفرع على الصحة
والجواز الا ترى ان الكتابة على الخمر فاسدة بلا شبهة مع انه اذا ادى
الخمر يعتق العبد الا ان يراد بالجواز ما هو مقابل البطلان ويدل على
ذلك انه قال فيما سبق ولو ملك المكاتب ذلك العين فعن ابي حنيفة رح
رواه ابو يوسف رحمهما الله تعالى اذا اداه لا يعتق وعلى هذه الرواية
لم ينعقد العقد الا اذا قال له اذا اديت الي فانت حر كذا الخ فان حاصل
تلك الرواية التي هي مقابل هذه الرواية عن ابي حنيفة هو البطلان
فالظاهر ان المراد بالجواز في هذه الرواية هو ما يقابل البطلان
ويعم الفساد **قال** اذا كان العقد يحتمل الفسخ الظاهر انه احتراز

على ما نص عليه الحبر الفاضل نجم الدين النسفي لكنه يرد على ظاهره ان النكاح
ايضا من العقود التي يجري فيها الفسخ لانه ينفسخ بخيار البلوغ
والعتق وغير ذلك الا ترى ان قول المص في باب الاولياء من كتاب
النكاح وان زوجها غير الاب والجد فلكل واحد منهما الخيار اذا بلغ
ان شاء اقام على النكاح وان شاء فسخ وقال ايضا ويشترط
فيه القضاء بخلاف خيار العتق لان الفسخ ههنا لدفع ضرر خفي
انتهى وكان يجب على الناظرين في هذا المقام ان يدفعوا امثال هذه
الاوهام ووجه الدفع هو ان يحمل احتمال الفسخ على احتماله بعد
تمام العقد فان ذلك لا يكون في النكاح على ما افصح عنه المص نفسه
والشراح سيما الفاضل ابن الهمام في باب المهر حيث قال لكن النكاح
لا يقبل الفسخ عندنا اي النكاح الصحيح النافذ اللازم لانه النكاح
المطلق فيخرج الفاسد والموقوف والفسخ لعدم الكفاءة
وخيار العتق والبلوغ فسخ قبل التمام فيكون في معنى الامتناع
من الاتمام انتهى **قال** والجامع انه لا يفيد ملك المكاسب وهو
المقصود فيه بحث اما اولا فلانا لا نسلم ان ملك المكاسب مقصود
لذاته في عقد الكتابة فان المقصود الاصلي للعبد منه وصوله
الى شرف الحرية والمقصود الاصلي للمولى هو الوصول الى البدل على ما سبق
وانما يثبت للعبد ملك المكاسب ليكون وسيلة الى اداء البدل على ما
افصح عنه قوله لانه يثبت للحاجة الى الاداء منها فاذا حصل المقصود
الاصلي وهو اداء البدل في صورة الكتابة على عين لغيره واجازه
المالك ينبغي ان يصح الكتابة ويعتق العبد بادائها واما ثانيا
فلانا لا نسلم ان هذا العقد لا يفيد ملك المكاسب فان الحاجة
ههنا اليه متحققة لما ذكره الشارح في وجه الرواية السابقة
بقوله فصار صاحب المال مقرضا المال من العبد فيصير المعين من كسبه
قال والجامع بينهما التسمية لكون المسمى مالا اي الجامع بين صورة

الاجازة وعدمها من الكتابة اي الجامع بين صورتي الاجازة وعدمها
من الكتابة وبين النكاح فان ههنا قياسين قياس صورة الاجازة
على عدمها وقياس ذلك على النكاح فتأمل **قال** الا اذا اداه اذ
الظاهر انه استثناء من قوله لا يعتق لا من قوله لم ينعقد العقد
فان في صورة الاداء ايضا ذلك ليس ينعقد العقد بل يعتق العبد حكما للشرط
كما نص عليه **قوله** وهي التي ذكرت في قوله ان كاتب على شيء بغير عينه
فيه بحث اذ الظاهر ان يكون المراد بغير العين الذي لغيره عين يكون
للغير وغير العين كما يفصح عنه سياق الكلام ومن جملة الشواهد
على ذلك انه ما ذكر وجه الرواية في هذه الصورة الحكاية انتهى
وقد ذكر وجه الروايتين في تلك الصورة في هذا الكتاب حيث قال المص
لانه لا يقدر على تسليمه ثم قال وعن ابي حنيفة رواه الحسن انه يجوز
حتى الى قوله لان المسمى مال والقدرة على التسليم موهوم فاشبه
الصداق **اقول** لكن على وجه يسقط الملك عنه فاشبه النكاح
في الانتهاء لقائل ان يقول ان الكتابة لا تشبه النكاح في الانتهاء
فان معنى كون الكتابة في الانتهاء مبادلة مال على وجه يسقط الملك
فيه ان احد العوضين فيه وهو بدل الكتابة وان كان يدخل في ملك
المولى الا ان العوض الآخر وهو رقبة العبد لا يدخل في ملك العبد
اذ المرء لا يملك نفسه بل يسقط منها ملك المولى وليس في النكاح كذلك
فان كلا من البدلين يدخل فيه في ملك كل واحد من المتعاقدين بل يدخل المهر
في ملك المرأة ومنافع البضع في ملك الزوج اما الاول فظاهر واما الثاني
فلانهم ذكروا في اول كتاب النكاح انه عقد موضوع لملك المتعة وقالوا
المستوفى بالنكاح مملوك للعاقد بدلالة جواز الاعتياض عنه
وبدلالة انه اختص به انتفاعا وحجرا وقالوا لا ينعقد النكاح
بلفظ الاباحة والاحلال لانه ليس بسبب تمليك المتعة الى غير ذلك
نعم قد وقع في عباراتهم ان في النكاح اسقاطا لكنه ليس بمعنى

ان احد البدلين فيه يسقط عنه الملك ولا يدخل في ملك احد العاقدين
بل بعوض آخر ينقص عنه ما ذكره الشارح في كتاب الوكالة حيث
قال ومعنى الاسقاط في عقد النكاح ظاهر واما فيه فلان الاصل
في محل النكاح عدم ورود الملك عليه لكونه من بنات آدم
كالذكور الا ان الشرع اثبت نوع ملك على الحرة ضرورة النسل
وفي ذلك اسقاط مالكيتها ثم اقول يمكن الجواب عن هذا اما بان
يبنى الكلام المذكور على ما قيل ان النكاح استباحة وليس بتمليك
كما ذكره الزيلعي وبه يجاب ان منافع البضع فيه لا تدخل في ملك الزوج
بدليل عدم تمليكها للغير او يقال ان مراد المص تشبيه الكتابة بالنكاح
في كون كل منهما مبادلة المال بغير المال على وجه يسقط الملك فيه
دفعا لتوهم مشابهته بالبيع مشابهة مانعة عن قياسها على النكاح
فالفاء في قوله فاشبه النكاح لتفريع شبهها بالنكاح على مجموع
كونها مبادلة المال بغير المال كالنكاح وكونها مبادلة المال بالمال
على وجه الاسقاط كالبيع وقوله والجامع انه يبتنى على المسامحة
بيان للوجه الذي يقتضي الحاق الكتابة بالنكاح في تحمل تلك
الجهالة اليسيرة يعني بيان الامر المصحح لالحاقها به في بعض الاحكام
وهو المشابهة المذكورة ومثله ما سبق من المص في اواخر كتاب الاجارة
حيث قال ولنا انه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس فجاز
اشتراط الخيار فيه كالبيع والجامع دفع الحاجة انتهى فعلى هذا يسقط
ما ذهب اليه الشارح من ان يكون مراد المص تشبيه الكتابة بالنكاح بوجهين
ويكون قوله والجامع بيانا للوجه الثاني من ذينك الوجهين ويعلم
ان مساق كلام المص يأبى ذلك اذ لو اريد المعنى المذكور لاشير
في كلامه الى ان هذا الجامع جامع آخر كان يقال وايضا فيه جامع
آخر كما لا يخفى قوله زيادة استظهار اعترض عليه بعض الاجلة
حيث قال ليس هذا استظهارا لان مجرد مشابهة شيء بشيء في وصف لا ينافي

فتدبر تعلم

مشابهة

مشابهته لغيره في ذلك الوجه او في وجه آخر فمشابهة عقد الكتابة
للنكاح فيما ذكر لا ينافي مشابهتها للبيع ايضا فلو لم يذكر قوله بخلاف
البيع لما ظهر اختصاص ما ذكر من المشابهة بالنكاح اقول ما ذكره الشارح
في هذا المقام مبني على ما ذهب اليه في شرح كلام المص حيث حمل مشابهة
الكتابة للنكاح من وجهين احدهما كون المبادلة فيهما على وجه السقوط
والآخر كون مبنى كل منهما على المسامحة والمساهلة فذهب الى عدم
توقف ترجيح تشبيه الكتابة بالنكاح على عدم وجود معنى المسامحة
في البيع لرجحان شبهها بالنكاح على تقدير وجوده ايضا من حيث
ان شبهها به من وجهين فتأمل قوله فيما بني على المسامحة كالبيع
والوكالة فيه بحث فانه صرح المص بان مبنى الوكالة على التوسعة
حيث قال والاصل ان الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف
استحسانا لان مبنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة انتهى قال
لانه مال في حقهم اقول اي متقوم فاما ان يجعل هذا القيد مقدرا كما وقع
في صدر باب البيع الفاسد او يجعل قوله بمنزلة الخل كناية عنه فتأمل
قال وفي التسليم ذلك اي تمليك الخمر وتملكه ولفظ ذلك فيه اشارة
الى شيئين كما في قوله تعالى لا فارض ولا بكر عوان بين ذلك قال
فيمنع عن تسليم البدل فيجب عليه تسليم قيمته ان قلت ان قيمة الشيء
حكم عينه ولذلك لا يأخذ المسلم قيمة الخنزير اذا تردى فيه قلت
ذلك في ذوات القيم والخمر من ذوات الامثال فليس لقيمتها حكم عينها
على ما وقع عند المص في مواضع عديدة من هذا الكتاب منها ما ذكره قبيل
نكاح اهل الشرك حيث قال واذا تعذر القبض في عقد المتعة لا تجب القيمة
في الخنزير لانه من ذوات القيم فيكون اخذ قيمته كاخذ عينه ولا كذلك
الخمر لانها من ذوات الامثال الخ قال بخلاف ما اذا كانت معينة
فان الملك يثبت فيها بمجرد عقد الكتابة اقول فيه بحث فان الظاهر
ان هذا مبني على رواية جواز الكتابة على عين في يد الكاتب على ما نص عليه

الجد الفاضل رحمه الله فيرد عليه ان صاحب النهاية اشار فيما سبق في صدد
بيان وجه الروايتين في تلك المسئلة الى ان مبنى رواية الجواز على القول
بان ملك الرقبة وهو الملك الحقيقي انما يثبت للمولى في تلك العين المعينة بالقبض
فيتحقق في تسليم الحر في صورة التعيين ايضا تمليكها وتملكها الحقيقيين فيجب
ان يجب فيها ايضا تسليم قيمتها وقد ذكرنا عبارته في الحاشية قوله والتسلم
نقل من يد الى يد والمسلم غير ممنوع من نقل اليد اقول قد عرفت ان التسليم
في صورة تعيين الحر يفيد ملك الرقبة بعد حصول ملك اليد فالامر فيما نحن فيه
عكس ما ذكره بقوله كما اذا غصب المسلم من الذمي خمرا قوله والفرق على
احديهما بينها وبين المسلم اذا كاتب الخ اقول لا حاجة الى الفرق فانه
كما ان في هذه المسئلة روايتين في عدم العتق باداء عين الخمر على ما افصح عنه
المص بقوله وعن ابي حنيفة رحمه الله تعالى انه انما يعتق باداء عين الخمر اذا قال
ان اديتها فانت حر فيكون العتق بالشرط الخ فيكون كل من الروايتين في هذه
المسئلة محمولة على كل من الروايتين في تلك المسئلة فلا يحتاج الى الفرق
المذكور والله تعالى اعلم بحقائق الامور قال ولو اداها عتق يحتمل
كلام المص هذا معنيين احدهما ان يرجع ضمير الفاعل في اداها الى الكافر
في هذه الصورة اعني صورة اسلام المتعاقدين بعد كتابة النصراني
عبده الكافر فيكون بيانا لحصول العتق باداء عين الخمر في تلك الصورة
بعد بيان حصوله باداء قيمتها بقوله فاذا قبضها عتق والى هذا المعنى
ذهب الاتقاني ومن حذى حذوه حيث قال اي لو ادى عين الخمر
عتق ايضا فيما اذا اسلم احدهما ولا يخفى ان في كلام المص على هذا المعنى
ركاكة ظاهرة لما فيه من ارجاع احد الضميرين الى قيمة الخمر والآخر الى
عينها من غير قرينة والآخر ان يرجع الضمير الى العبد المذكور في المسئلة
الاستطرادية التي ذكرها بقوله بخلاف ما اذا كان العبد مسلما فيكون
المعنى ان في تلك الصورة لا تجوز الكتابة الا انه اذا ادى الخمر يعتق
فيرجع ضمير المفعول في اداها الى لفظ الخمر في قوله ليس من اهل التزام الخمر

فعليك

فعليك الاختيار ثم الاختبار باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله
قال صاحب النهاية لما ذكر احكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع
في بيان ما يجوز للمكاتب ان يفعله وان لا يفعله اقول اراد بما يجوز للمكاتب
ان يفعله شيئا واحدا اعني الامور الجائزة للمكاتب فان الامر الجائز فاعل
فعله وتركه نهاية الامر انه ترك بعض الاطناب كما لا يخفى على اولي الالباب
وانما اكتفى ببيان الامور الجائزة مع انه يذكر في هذا الباب الامور الغير الجائزة
ايضا على ما يجيء من انه لا يتزوج ولا يهب ولا يتصدق اقتفاء لاثر
المص في اكتفائه بما هو المقصود الاصلي فليس في كلامه مسامحة كما توهمه
بعض الاجلة قال لما ذكر احكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع
في بيان ما يجوز للمكاتب ان يفعله فان جواز التصرف مبني على العقد الصحيح
ان قلت ما ذكر يقتضي تقديم هذا الباب على باب الاجارة الفاسدة قلت
لما كان بين العقد الصحيح والفاسد مناسبة في كون كل منهما عقدا مع ما بينهما
من مناسبة التضاد آثر تقديم الفاسدة على هذا فلا يتجه على كلام الشارح
شيء فتأمل قوله وذلك قد يكون بالمضاربة في الارض والتقييد بمكان
ينافيه لقائل ان يقول الامر في المضاربة ايضا كذلك حتى لو شرط رب المال على المضارب
مضاربا ومع ذلك ان خص له رب المال التصرف في بلد بعينه لم يجز له
ان يتجاوزها على ما سبق قلنا ما هذا الفرق قال لانه بدل الكتابة
ولا فيما يقابله قال الجد الفاضل رحمه الله تعالى ممنوع فان مقابله فك الحجر
وحرية اليد والمنع من الخروج مخصص لك للفك والحرية قلنا ما فان مراده
بما يقابله الخ فيه بحث فانه تقرر ان احد العوضين في عقد الكتابة فك الحجر
وثبوت حرية اليد من وجه ورقبة العبد المكاتب من وجه فجعل هذا الشرط
المتمكن في فك الحجر وحرية اليد غير متمكن في صلب العقد بان يريد المجيب
من العوض المقابل لبدل الكتابة نفس العبد لا يدفع ورود الاعتراض
بانه يحكم لا مكان جعله متمكنا في صلب العقد بان يراد من المقابل فك الحجر
بل هو الحق لان بدلية الفك والحرية بالنظر الى ابتداء الكتابة وهو زمان

هو كان التلة اذ هذا الشرط لخصم ايضا اقول ما ذكره فلان من
انا هل وح د وما انا انشاء من انه لم يفعل فان لم يكن نافيا
صح

انعقاده وبدلية نفس العبد بالنظر الى انتهائه فالاولى بالاعتبار في صحة العقد وفساده هو زمان الانعقاد اللهم الا ان يقال ان تصحيح العقد واجب ما امكن فيكون الاعتبار ببدلية العبد اولى هذا وما اورده بعض الافاضل هنا بقوله ان يكون المنع من الخروج تخصيصا للفكّ والحرية لا نقضا كونه داخلا فيهما فان تخصيص الشيء قد يكون بامر خارج عنه اخص منه كما اذا عرفنا الانسان بالحيوان الضاحك فليس بشيء اذ ليس المراد من تمكن الشرط الفاسد في صلب العقد ودخوله في احد البدلين ان يدخل في ماهيته دخول الناطق في ماهية الانسان بل المراد وقوعه فيه الا ترى انه اذا كاتب جارية بالف درهم على ان يطأها ما دامت مكاتبة فسدت الكتابة وليس هنا شرط يدخل فيه احد البدلين دخول الناطق في ماهية الانسان فتدبر نعم ان ما ذكره بقوله الا ان هذا الشرط يختص به ايضا ليس بشيء فتدبر نعم لان الشرط المذكور وان كان امرا مخصوصا بالعبد الا انه ليس راجعا الى نفس العبد ونفسه حتى يجعل شرطا متمكنا في احد البدلين **قال** المص وهذا لان الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح الخ **اقول** ان العمل بشبه الكتابة للبيع فيما وقع حيث قلنا ان جهالة البدل يفسدها كما يفسد البيع لا يوجب ان يعمل في جهالة الشروط الفاسدة جميعا بشبهها النكاح فلا يفسد بالشروط الفاسدة اصلا كما هو المفهوم من كلام قاضيخان حيث قال العقود التي يتعلق تمامها بالقبول اقسام ثلثة قسم يبطل بالشرط الفاسد وجهالة البدل وهو مبادلة المال بالمال كالبيع والاجارة والقسمة والصلح عن دعوى المال وقسم لا يبطل بالشرط الفاسد ولا جهالة البدل وهو معاوضة المال بما ليس بمال كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وقسم له شبه بالبيع والنكاح وهو الكتابة يبطلها جهالة البدل ولا يبطلها الشرط الفاسد انتهى فليتأمل في الجواب **قوله** لان الكتابة تشبه البيع من حيث المعاوضة قال الجلبي الفاضل حيثية المعاوضة

مشتركة بينه وبين النكاح فلا يكون وجه شبه الكتابة بالبيع دون النكاح الا ان يكون وجه الشبه مجموع المعطوف عليه والمعطوف اعني عدم صحتها بلا بدل **اقول** ما ذكره الجلبي الفاضل جواب ظاهر لا يخفى على الخبير دون الكافي وهو انه اراد بالمعاوضة المطلقة هنا معاوضة المال بالمال فان البيع كذلك نظرا الى انتهائها بالنظر الى الحال فان ما يقابل بدل الكتابة انتهاء هي رقبة العبد وهي مال بالنظر الى الحال السابق ولا يخفى ان حيثية هذه المعاوضة المخصوصة غير مشتركة بين البيع والنكاح فالحاصل ان الكتابة تشبه البيع من حيث انها معاوضة المال بالمال انتهاء وشبهها بالنكاح من حيث انها معاوضة المال بغير المال ابتداء ويؤيد ما ذكرنا ما ذكره الفاضل ابن الهمام في اواخر باب البيع الفاسد حيث قال وانما اختلف حكم الكتابة بالنظر الى كل من شبهة الاعتاق والنكاح من حيث ان احد البدلين ليس بمال في حق نفسه وكونه معاوضة انما هو بالنسبة الى الحال السابق في الانتهاء وكان له شبه بالبيع وشبه بما ليس بمعاوضة فيفسد بالقوى انتهى فليتأمل فان قلت لا مانع من جواز ان يحمل هذا الجواب على طريق الشارح في هذا المقام فان الكتابة وان كانت مبادلة المال بالمال انتهاء الا انه على وجه يسقط الملك فيه وقد جعل المص على رأي المشايخ تلك الحيثية مما يشبه وجها شبهها بالنكاح فلا يصح ان يجعل وجها لشبهها بالبيع حيث قال ولنا انه مبادلة مال بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فاشبه النكاح انتهى ولعل هذا هو السر في عدم تعرض الجلبي الفاضل لهذا الجواب مع ظهوره جدا **قال** وعدم صحتها بلا بدل قال الجلبي الفاضل رحمه الله تعالى يعني بلا ذكر البدل انتهى **اقول** يريد ان الكلام هنا في بيان الوجوه التي تشترك فيها الكتابة والبيع ولا يوجد في النكاح وذلك عدم صحة كل من الكتابة والبيع بلا ذكر البدل لا بلا نفس البدل فان النكاح ايضا لا يخلو عنه بناء الامر انه ينعقد بلا ذكر البدل صحيحا ويجب مهر المثل

بأن لا ضم

نفعه

قال المص ونقول ان الكتابة في جانب العبد اعتاق اعترض عليه الاتقاني
حيث قال الاولى ان يقال من جانب المولى اعتاق وفي جانب العبد عتق كان اولى
قال الحبر الفاضل رحمه الله تعالى الامر فيه سهل اقول يعني ان الاعتاق
مصدر من المبني للمفعول كما فسره به قول صاحب العناية فيما سيجيء
بخلاف الاعتاق على مال لانه لو علل كذا انه لا يدفع اولويته ما ذكره
الاتقاني كما لا يخفى ثم اعترض الاتقاني بوجه آخر حيث قال القائل
ان يقول اذا كان شبيهه بالعتق ينبغي ان لا تفسد الكتابة اذا دخل
الشرط الفاسد في صلب عقد الكتابة واجاب عنه الحبر الفاضل رحمه الله تعالى
حيث قال لا يخفى عليك انه يجوز دفعه على حفظ قوله من جانب العبد فانها
من جانب المولى معاوضة متحقق في كل صورة من صور الكتابة فلو كان
ذلك علة للفساد لفسدت بغير الداخل في صلب العقد ايضا وان رجع
الى العمل بكونها معاوضة فيما دخل في صلب العقد وبكونها اعتاقا
في غير ما دخل فيه رعاية للشبهين رجع هذا الوجه الى الاول
اقول كيف يرجع هذا الى الاول ومبنى عدم فسادها في الاول
بما لم يتمكن في صلب العقد شبهها بالنكاح ومبناه في هذا الوجه
شبهها بالعتاق هذا ولكن يتجه على ما ذكره الحبر الفاضل رحمه الله
كلام من وجه آخر وهو ان الظاهر من سياق كلام المص ولو على حفظ
قوله من جانب ان توزيع الشروط الفاسدة بتوزيع آخر لا على الوجه
السابق فيقال انها لا تفسد بالشروط المختصة بجانب العبد
لهذا الشرط نوع فيه لحج شبهها بالبيع لكونها بالنظر الى المولى معاوضة
من غير فرق بين المتمكن في صلب العقد وغيره فيرد عليه انه يقتضي عدم
فسادها بالشروط المختصة بجانب العبد وان كانت متمكنة
في صلب العقد وليس كذلك وكذا يرد انه لا يعلم احوال الشروط الفاسدة
التي لا تختص باحد الجانبين فتدبر قال لانه اسقاط الملك اعترض عليه
الشارح الدهلوي حيث قال فيه اشارة الى ان الاعتاق اسقاط الملك

وهذا

وهذا خلاف ما عرف من مذهب اصحابنا ان الاعتاق اثبات القوة
الشرعية ولهذا لا يجوز اشتراط البدل على الاجنبي في الاسقاطات
جائز وفي الاثباتات لا يجوز انتهى اقول فيه بحث فان الاعتاق الصادر
عن العبد هو ازالة الملك نهاية الامر ان عند تلك الازالة يثبت للمعتق
من جهة الشارع قوة حكمية على ما افصح عنه ما ذكره صاحب التنقيح
في مبحث المجاز حيث قال فان قيل الاعتاق ازالة الملك عند ابي حنيفة
رحمه الله قلنا نعم لكن يعني ان التصرف الصادر من المالك هي ازالة
الملك انتهى وما ذكره المص في كتاب العتاق حيث قال ولابي حنيفة
ان الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك او هو ازالة الملك الخ وبالجملة
ان فيه جهتي الاثبات والاسقاط فما ذكره المص هاهنا مبني على احدى
الجهتين وعدم جواز اشتراط البدل على الاجنبي مبني على الجهة
الاخرى فلا غبار في كلام المص ان قلت ان ما ذكره المص في اواخر كتاب
الهبة يابى عن هذا التوجيه حيث قال والتعليق بالشروط يختص بالاسقاطات
المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق حيث قد يتعين اسقاطا قلت
مراده من كون العتاق اسقاطا محضا خلوه عن معنى التمليك بالكلية
لا عن معنى الاثبات يرشدك اليه سياق كلامه هناك حيث
قال لان هبة الدين تمليك من وجه اسقاط من وجه وهبة الدين
ممن عليه الدين ابراء وهذا لان الدين مال من وجه ومن هذا الوجه
كان تمليكا ووصف من وجه ومن هذا الوجه كان اسقاطا
الخ الا ترى كيف قابل الاسقاط بالتمليك دون الاثبات فتامل
قال المص ولا يتزوج الا باذن المولى ان قيل الكلام هاهنا في التصرفات
التي يملكها المكاتب من حيث هو مكاتب بفك الحجر الذي يتضمنه عقد
الكتابة فكان على المص ان يبين امثال تلك التصرفات واما الجواز بالاذن
والاجازة فذكره مما لا مساس له بالمقام وهو عام بجميع التصرفات
كيف لا والعبد المحجور الذي ليس فيه شائبة الفك يقدر على كل تصرف

بالاذن والاجازة فالى يحتمل ان لا ينفذ عليه المكاتب حتى يذكره قلنا
لا نعم ان المكاتب يملك كل تصرف بالاجازة من المولى الا ترى انه لا ينفذ
على الهبة والصدقة والكفالة وان اجازه المولى قال في شرح الاقطع
وقد قالوا لو اجاز المولى كفالته او هبته لم يصح ايضا لانه لا ملك له
في ماله لان حقه متعلق فهو بمنزلة الغريم اذا اجاز عتق الوارث الشهيد في الكافي
وهبته حال الميت لا يجوز وقال الحاكم الشهيد في الكافي ولا يجوز
كفالة المكاتب بالمال ولا بالبدن باذن المولى ولا بغير اذنه ولا له اذن
قبول الحوالة انتهى فلما كانت التصرفات لا يملكها المكاتب من حيث
هو مكاتب في حق الجواز باذن المولى على نوعين اراد ان يشير الى ان
بعضا منها يجوز بالاذن وبعضها لا يجوز به ايضا تتميما للفوائد
وتكثيرا للعوائد فليس في كلام المصنف غبار كما لا يخفى على اولى النهى
والابصار قوله فان قيل بدل الكتابة مال في ذمته وفي تسليم النفس
لا ينافي ذلك ولا يضره الخ اقول لا ورود لهذا السؤال اصلا فان
الاصل حال رقه ان لا يقدر على شيء من تملك التصرفات الا باذن المولى
والمكاتب غاية قدر ما يعارض الكتابة عليه انه يخرج في الاكتساب
فما ليس له مدخل في ذلك لا يملكه اصلا سواء كان يضادا لزام لا فلا يهمنا
اثبات المضرة والمنافاة كما لا يخفى قال المصنف ولا يكفل لانه تبرع اي سواء
باذن المولى او بغير اذنه على ما نص عليه كثير من الثقات الا انا نستثنى
من ذلك كفالته عن مولاه قال في البدائع ويجوز كفالته عن سيده
لان بدل الكتابة واجب عليه فلم يكن متبرعا والاداء اليه والى غيره
سواء انتهى الا انه يرد على ظاهره ما ذكره ان مقتضى هذا ان يجوز
كفالته من غير المولى ايضا اذا كان باذن المولى بان يجعل اذنه
بالكفالة متضمنا للامر باداء البدل الى المكفول له وقد صرحوا بعدم
جوازه فتامل ثم انه يرد على ظاهر ما ذكره المصنف هنا النقض بمسألة
وهي اذا كاتب المولى عبديه مكاتبة واحدة على الف يكون على ان يكون

كل

كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه فانه جائز على ان فيه شيئا آخر
وهو الكفالة ببدل الكتابة وقد تقرر ان بدل الكتابة دين غير
صحيح فلهذا لا يجوز الكفالة به والجواب عنه انه ليس بكفالة في
الحقيقة بل تعليق عتق كل منهما باداء الالف عليهما افصح عنه
صاحب البدائع حيث قال اما اذا كاتبهما على ان كل واحد منهما
كفيل عن صاحبه فالقياس ان لا يجوز هذه الكتابة وفي الاستحسان
يجوز اذا قبلا وجه القياس ان هذه كتابة بشرط الكفالة وكفالة
المكاتب لا تصح ولانه كفالة ببدل الكتابة باطلة وجه الاستحسان
ان هذا ليس بكفالة في الحقيقة بل هو تعليق العتق بالاداء والمولى
يملك تعليق عتقهما باداء كل واحد منهما ولو كفل هكذا كان جائزا كذلك
هذا انتهى وفيه ما فيه فليتامل قال ولا يقرض لانه تبرع الخ
لقائل ان يقول ان اراد انه تبرع محض فليس كذلك بل فيه جهة المعاوضة
على ما نص عليه نفسه في كتاب الهبة حيث قال والقرض تبرع من وجه
عقد ضمان من وجه فشرطنا القبض القاصر دون القسمة عملا بالشبهين
انتهى وان اراد تبرع ابتداء معاوضة انتهاء كما يدل عليه ما ذكره قبيل
باب الربا من كتاب البيوع حيث قال وكل دين حال اذا اجله صاحبه
صار مؤجلا لما ذكرنا الا القرض فان تاجيله لا يصح لانه اعارة وصلة
في الابتداء وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم نسيئة
وهو ربوا انتهى قلنا هذا مع انه يأباه ما ذكره في كتاب الاذن من انه
تبرع محض يرد عليه ان الاولى حينئذ ان يقتصر هنا كونه تبرعا بكونه
كما قيد به الهبة بشرط العوض وايضا علل فيما سيجيء عدم جواز التكفل
له بكونه تبرعا محضا وقد عللوا كون الكفالة بامر المكفول عنه تبرعا
بكونه اقراضا فاذا قيل ان الاقراض تبرع من وجه ومعاوضة
من وجه لا يصح اطلاق القول بكون الكفالة تبرعا محضا فتامل قال الامام
برهان الدين في الفصل الخامس من كتاب المكاتب في محيطه وانما جعل القرض

تبرعا وان كان يستوجب بدلا لان ما اقرض يخرج عن ملكه للحال وبدله
يجب في ذمة المفلس لان الاستقراض لا يكون الا من المفاليس وما يجب
في ذمة المفلس كالتاوي من وجه في الغالب انتهى فلتنبه الاولى في
تعليل كونه تبرعا ان يقال بان الاقراض تبرع بمنافع ما اعطاه قرضا
للمستقرض لان المأخوذ من المستقرض في حكم عين ما اعطى له فيكون بمنزلة
العارية وانما لم يجعل معاوضة بان يجعل المأخوذ من المستقرض عوضا عن
دينه عما اخذه من المقرض لانه يستلزم مبادلة الدراهم بمثلها بلا قبض
في المجلس وهو غير صحيح على ما تقرر في كتاب الصرف فتامل قال بخلاف
على مال فانه لا يملكه فيوجب للثاني فوق ما وجب للاول قال الجد
الفاضل الاعتاق مصدر مبني للمفعول اي لم يحصل له في الحال المصحح
على مال حتى يملكه غيره اقول لفظ الاعتاق في المشروح مبني للفاعل
فالظاهر ان يكون في الشرح ايضا كذلك وانما جزم بكونه من المبني
للمفعول لقوله فانه لا يملكه فيوجب للثاني حيث فرع ايجابه للثاني
فوق ما وجب للاول على عدم مالكية المكاتب وليس ذلك الا المعتقية
على مال فان عدم مالكيته للاعتاق الذي هو مصدر من المبني
للفاعل حكم مقصود متفرع على الايجاب المذكور لان الايجاب المذكور
متفرع عليه والحاصل ان المتفرع عدم مقدرة المكاتب على اعتاق
عبده على مال ولفظ الاعتاق ههنا مصدر من المبني للفاعل وهو الواقع
في عبارة المص وهذا الحكم متفرع على شيء هو ان المكاتب غير مالك
للاعتاق اي لم يحصل له بالكتابة المعتقية على مال فلو جاز له ان
[يعتق] عبده على مال لكان يلزم ان يملك لغيره ما لا يملكه لنفسه وهو الاعتاق
اعني المعتقية وهذا الاعتاق هو الواقع في كلام الشارح
هذا ولكنه يمكن ان يكون الاعتاق في كلام الشارح ايضا
من المبني للمفعول ويمكن وجوه اخر لا يخفى على المتامل قوله
لان الثاني مكاتب للمولى بواسطة الاول فكان كتابة المولى الاول

بمنزلة

بمنزلة علة العلة اقول دلالته على ثبوت نوع ملك المولى في المكاتب
الثاني ليس بظاهر بل الظاهر ان يجعل هذا دليلا على قوله ويصح اضافة
الاعتاق اليه في الجملة ويجعل دليل ثبوت نوع الملك فيه ما ذكره
الاتقاني بقوله لان للمولى نوع ملك يظهر في الثاني مكاتبته لان سبب
الملك قائم وهو ملك الرقبة ولكن يسقط اعتباره شرعا
نظرا للعبد فوجد الملك من وجه انتهى قال المص ويصح اضافة الاعتاق
اليه في الجملة لقائل ان يقول ان المذهب الصحيح هو ان سبب الولاء
هو العتق على ملكه لا الاعتاق على ما مر في صدر كتاب الولاء فالذي
يجب في بيان صحة ثبوت ولاء المكاتب الثاني للمولى عند تعذر ثبوته
للمكاتب الاول بيان ان للمولى نوع ملك فيه اذ به يظهر تحقق السبب
واما بيان جواز اضافة الاعتاق اليه فليس بلازم اصلا بل فيه
ايهام ان سبب الولاء هو الاعتاق فتامل قوله واما الثالث
فلانه تنقيص للعبد وتعييب له اقول لقائل ان يقول قد مر في باب
نكاح الرقيق ان في تزويج العبد اصلاحا له لان فيه تحصينه عن الزنا
الذي هو سبب الهلاك والنقصان فينبغي ان يقدر عليه المكاتب لما فيه
من حفظه عن التلف والتوى بتحصينه عن الهوى قال لا اكتساب
لاستفادته المهر اقول ولان فيه استفادة الولد ايضا فانه
يتبع الام في الرق والحرية واياك ان تتوهم ان في تزويجها اشتغال رقبتها
بخدمة زوجها فربما يكون مانعا عن اكتسابها اذ قد تقرر في باب نكاح
الرقيق ان من تزوج امة فليس عليه ان يبوئها بيتا للزوج لكنه
بخدم المولى ويقال للزوج متى ظفرت بها وطئتها قال فاما المأذون
له فلا يجوز له شيء من ذلك اقول اشارة الى ما ذكر قبل هذه المسئلة
بقوله وان اعتق عبده على مال او باعه من نفسه او زوج عبده لم يجز
وبقوله وبخلاف تزويج الامة لانه اكتساب فوجب ايراد كلمة اما ظاهر
لان المذكور فيما سبق عدم جواز الصور الثلث للمكاتب وجواز

الصورة الرابعة والمذكور ههنا عدم جواز شيء من الصور الاربع
للمأذون عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولا ينافيه قوله وقال ابو يوسف
الخ لان تزويج الامة داخل في الصورة المشار اليها ومما يدل على ذلك
غير ان هذه المسئلة منقولة عن الجامع الصغير وترتيب لفظ الجامع
على ما نقله عنه الاتقاني هكذا محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله
في المكاتب يكاتب عبده قال جائز فان اعتقه على مال لم يجز وان زوج
امته جاز وان زوج عبده لم يجز اما العبد المأذون له في التجارة
فلا يجوز صنعه من هذا في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وقال
ابو يوسف يجوز ان يزوج امته انتهى وكون بعض المشار اليه
مثبتا وبعضه منفيا بعد ان كان الكل متميزا عن سائر الصور
بكونه مذكورا قبيل الاشارة مما لا يخل بسداد الكلام فاندفع
احتمال الركاكة في عبارة المص خاتمة الامام المشهور بين ساقة
التحرير بين الانام كما توهم بعض من الاجلة الكرام فاظهر التحير
للنام في تعيين المشار اليه في هذا المقام واورد كلاما مورثا
للاستبعاد والاستبهام قال هو قياس بالمكاتب واعتبره بالاجارة
واعترض عليه بعض الاجلة حيث قال كل من قياسه واعتباره
نظر اما في الاول فلانه لو صح قياس المأذون على المكاتب فيما يجوز
له لصح قياسه عليه في كتابة عبده ايضا فان المكاتب يجوز له ان يكاتب
عبده فينبغي ان يكاتب عبده بطريق القياس مع انه لا يجوز بالاتفاق
واما في الثاني فلانه لو صح اعتبار التزويج بالاجارة من حيث
ان جوازها للمأذون يقتضي جوازه له ايضا لزم ان يجوز تزويج عبده
ايضا كما يجوز اجارة عبده وامته على ما نصوا عليه مع انه لا يجوز بالاتفاق
انتهى **اقول** في كل من كلاميه بحث اما في الاول فلانه انما لم يجز قياس
المأذون على المكاتب في كتابة عبده بناء على ان جواز كتابة العبد
للمكاتب ثابت على خلاف القياس على ما افصح عنه المص آنفا حيث قال

وكذلك

وكذلك ان كاتب عبده والقياس ان لا يجوز انتهى وقد تقرر في موضعه
ان من شرط صحة القياس كون الحكم في الاصل ثابتا بناء على مقتضى القياس
على ان لابي يوسف ان يقول نعم ان مقتضى القياس المذكور ان يجوز
للمأذون كتابة عبده ايضا بناء على جوازه للمكاتب الا انه لم يجز لمانع
وهو ان كتابة العبد اعتاق له على مال انتهاء وليس هذا المعنى
ثابتا لنفس العبد المأذون فلو جاز له ان يكاتب عبده لكان مثبتا للغير
ما لم يثبت في حقه بخلاف المكاتب واما في الثاني فلان لابا يوسف ان
يعتبر تزويج الامة بالاجارة من حيث ان كلا منهما سبب لتحصيل المال بمقابلة
المال ولا يخفى ان هذا المعنى لا يوجد في تزويج العبد لما سبق انه ليس
من طرق الكسب بل فيه تنقيص العبد وتعييبه فكيف يقيس تزويج العبد
على اجارته وهل يصدر هذا المقال عن مميز البين من الشمال
لانه مبادلة المال بالمال اعترض عليه الحبر الفاضل رحمه الله تعالى
حيث قال فيه بحث لانه مخالف لما ذكره الشراح في مناسبة كتابنا
بالاجارة ان المنافع ليست باموال متقومة في نفسها
الا انه يعطى لها ذلك الحكم عند مقابلتها بالاموال المتقومة في عقد
الاجارة على ما فصح عنه المص نفسه في باب الوصية بالسكنى
من كتاب الوصايا حيث قال ان المنفعة ليست بمال على اصلنا
وفي تمليكها بالمال احداث صفة المالية فيها تحقيقا للمساواة
في عقد المعاوضة الخ فان الاجارة مبادلة المال بالمال بالنظر
الى هذا المعنى وبغير المال بالنظر الى الاصل الا ان هذا الكلام مما لا
يصح ايراده في هذا المقام فان هذا المعنى موجود بعينه في النكاح
ايضا لان منافع البضع ايضا في حكم المال حال ايراد عقد النكاح
عليها ومقابلتها بالمهر الذي لا يكون الا مالا على ما ذكر في مواضع
عديدة منها ما ذكره الشارح في كتاب الاكراه حيث قال اوفي حكم
المال كما في منافع البضع اذا اتلفها مكرها لان منافع البضع متقومة ما لا عند

الدخول

انتهى فلو اريد ههنا بكون الاجارة مبادلة المال بالمال ما يعم المالية
الحكمية لا يصح قول المص ولا بناء التزوج مبادلة بغير المال فيعتبر
بالكتابة دون الاجارة اذ هي مبادلة المال بالمال انتهى ولظهور بعض
الوجوه عما ذكرنا اوردنا ما ذكره الحبر الفاضل رحمه الله تعالى ان بين
مالية المنافع في الاجارة وماليتها في النكاح فرقا من حيث ان المستأجر
يملك المنافع كسائر امواله المملوكة فيقدر على تمليكه من غيره في بعض
العقود بخلاف النكاح الا ان اصل المالية الحكمية ثابتة في النكاح
ايضا **فصل قوله** لما فرغ من ذكر مسائل من هو داخل تحت الكتابة
بطريق الاصالة قلت وايضا لما فرغ من ذكر من هو مكاتب اصالة
بنفس العقد شرع في ذكر من يكون مكاتبا بعد ذلك اما بالشراء او بالولادة
قال واذا اشترى اباه او ابنه دخل في كتابته **اقول** بحاله ما ذكره
في باب موت المكاتب حيث قال وان ترك ولدا اشترى قيل له اما ان
تؤدي الكتابة حالة او ترد رقيقا وهذا عند ابي حنيفة الخ قوله
لابي حنيفة وهو الفرق بين الاصلين ان الاجل يثبت شرطا في العقد
فيثبت في من دخل تحت العقد والمشترى لم يدخل لانه لم يضف اليه
العقد ولا سرى اليه حكمه لانفصاله انتهى واما الفرق بين الولدين
بان المولود في الكتابة يدخل في عقد الكتابة الجاري بين المكاتب
وعبده لكونه جزءا من المكاتب حال الكتابة بخلاف المشترى
فانه يجعل مكاتبا بالمباشرة تحقيقا للصلة كما ان الحر اذا اشترى
ابنه يجعل معتقا له فمع انه لا يدفع التدافع الصوري بين قوله ههنا
دخل في كتابته وقوله هناك والمشترى لم يدخل يرد عليه انه
يأباه قوله فيما سيجيء وان ولد له ولد من امته دخل في كتابته
غايته ان المشترى فان خراجه مما بينه على ما ذكره الشراح قوله
لانه من اهل ان يكاتب ان لم يكن من اهل الاعتاق فيجعل مكاتبا
تحقيقا للصلة بقدر الامكان انتهى فتأمل **قوله** تقديم الاب في الذكر

هها

ههنا على الابن للتعظيم **اقول** ولرعاية الترتيب الوجودي
من تقديم الاصل على الفرع **قوله** لانه لو صار مكاتبا اصلا
ولعتقت كتابته بعجز المكاتب الاصل **اقول** ولانه لو قيل صار
مكاتبا لكان يفهم منه انه يصير مكاتبا بكتابة مستقلة فيتوقف عتقه
على اداء بدل مستقل لها اذا كاتب المكاتب عبده مع ان الامر ليس كذلك
فانه اذا ادى المكاتب بدل كتابته يعتق هو ومن دخل في كتابته من
اصوله وفروعه وايضا في التعبير الذي اختاره المص اشعار
بوجه صحة كتابته لانه يصير مكاتبا لدخوله تحت كتابته
فتأمل **قال** الا ترى ان الحر متى كان يملك الاعتاق يعتق عليه **اقول**
بل يعتق على من لا يملك الاعتاق ايضا من الاحرار كالصبي والمجنون
فانهما لا يملكان الاعتاق على ما نص عليه المص في كتاب الحجر حيث قال
الصبي والمجنون لا تصح عقودهما ولا اقرارهما ولا يقع طلاقهما
ولا عتاقهما انتهى مع انهما اذا ملكا ذا رحم محرم منهما يعتق عليهما على ما
نص عليه المص في كتاب العتاق حيث قال والصبي من اهل هذا
العتق وكذا المجنون حتى عتق القريب عليهما عند الملك لانه تعلق
به حق العبد فشابه النفقة **قال** واذا اشترى ذا رحم محرم
لا ولاد له لم يدخل في كتابته عند ابي حنيفة رحمه الله **اقول** هذا المذكور
هو احدى الروايتين عنه وفي رواية اخرى يدخل في كتابته على ما
نص عليه المص في كتاب العتاق حيث قال وعن ابي حنيفة انه يكاتب
على الاخ ايضا وهو قولهما **قال** واما امتناع بيعها فلانها تبع للولد
في هذا الحكم قال تاج الشريعة فان قلت اذا ثبت للولد
حقيقة الحرية تثبت للام حقها تحقيقا للاختلاط وتنبيها
عن الولد **قلت** للكتابة احكام منها عدم جواز البيع
فيثبت للام هذا الحكم دون الكتابة لاختلاط الرتبة
فان قلت لم لا تصير مكاتبة تبعا للولد **قلت** لان العقد

ما ورد عليها اعترض عليه بعض الأجلة حيث قال فيه نظر لأن عدم
ورود العقد عليها إنما يقتضي أن لا تصير مكاتبة أصالة
ألا ترى أن المكاتب إذا اشترى أباه دخل أبوه في كتابته وصار
مكاتبا له لكن تبعا مع أن العقد ما ورد على الأب هنا كما أيضا
قطعا **أقول** إن ورود العقد على نوعين ورود بطريق الأصالة
والقصد والعقد إنما يرد بهذا الورود على نفس المكاتب وورود
بطريق التبع والعرض والعقد يرد بهذا الورود على أم المكاتب
وابنه وسائر من بينه وبينهم قرابة الولاد والجزئية وشيء
من ذينك الورودين لم يقع على الأمة أما القصدي فظاهر
وأما الوضعي فلأنها ليست جزء المكاتب ولا ولد بينهما
وإلى هذا أشار تاج الشريعة بقوله فيما يجيء **قلت** ورد على الكاتب
الولد بغيره فيكون واردا عليه تبعا قال بعض الأجلة فيه أيضا
نظر لأن كون قرابة الولد قرابة جزئية لا يقتضي أن يكون ورود
العقد على الأب ورودا على الولد أيضا وإلا كان يلزم أن يكون
ما كتابة الولد أيضا فيما نحن فيه أصالة لا تبعا للوالد فلا يصح
قول المص ما دخول الولد في الكتابة لما ذكرنا ويلزم أن لا يثبت
فرق عند أبي حنيفة بين ما إذا كان ولدها معها في الاشتراء
وبين ما إذا لم يكن ولدها معها فيه فتدبر **أقول** فيه بحث لما ذكرنا
من أن قرابة الجزئية تقتضي أن يكون ورود العقد على الأب
ورودا على الولد أيضا إلا أنه يكون وروده على الأب بطريق
الأصالة ووروده على الولد بطريق التبع فلا يلزم ما ذكره
بقوله وإلا كان كتابة الولد أيضا فيما نحن فيه أصالة لا تبعا
فلا يصح قول المص الخ وأما ما ذكره بقوله ويلزم أيضا أن لا يثبت
فرق عند أبي حنيفة فهو شرط ظاهر فإنه لا فرق بين الصورتين
عنده في عدم ثبوت الكتابة بها وأما امتناع بيعها في صورة

شرائطها

شرائطها مع ولدها فليس لإثبات الكتابة فيها بل هو إثبات حكم
الكتابة لقوله عليه السلام أعتقها ولدها **قال** لأن كسب
المكاتب موقوف فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ يعني أن كسب
المكاتب من حيث أن كسبه يلزم أن يكون موقوفا محتملا للفسخ
وعدم الفسخ إذا تعلق به ما لا يحتمل الفسخ أصلا كالتدبير والاستيلاد
يلزم أن يجتمع المتنافيان أعني احتمال الفسخ وعدم احتماله
هذا هو المعنى الظاهر وأما ما ذكره الشارح بقوله لأن ما لا يقبله
أقوى من الذي يقبله والأقوى لا يجوز أن يكون تبعا للأدنى
فليس بذاك **قال** وبدون الولد لا يثبت ابتداء والقياس
ينفيه **أقول** معنى هذا المقام على ما يتضح بالبال والله تعالى
أعلم بحقيقة الحال هو أن القياس يأبى جواز ثبوت حق العتق
في الأمة سواء كان شراؤها مع الولد أم لا إلا أنه أمكن إثباته
لها في الصورة الأولى تبعا لولدها كما يثبت جواز الوقف
في المنقول تبعا للعقار ويثبت جواز البيع في الشرب تبعا للأرض
إذ كم من شيء يثبت تبعا ولا يثبت قصدا كما تقرر في محله فيثبت
فيها في تلك الصورة ولم يثبت في الصورة الثانية إذ لو ثبت فيها
مع انفكاكها عن ولدها لكان يثبت ابتداء حالها والقياس ينفيه فحاصل
الفرق بين الصورتين مع اجتماعهما في إباء القياس عنهما أن في الأولى
يثبت تبعا وفي الثانية لا مجال له فكن هذا هو المعنى الذي
يقتضيه سياق الكلام وينفع به ما أورده صاحب العناية
من الأوهام كما ستعرفه إن شاء الله تعالى **قوله** فتخصيص
نفيه بالابتداء مع أنه حسن فالصدر الكلام **أقول** فيه بحث
فإنه إن أراد تخصيص نفيه بالابتداء فصرح عليه فلا يخفى على من له
أدنى شعور أنه ليس في عبارة المصنف أثر على الفقد المذكور
وإن أراد تخصيصه بالذكر ههنا فليس ذلك مبنيا لعدم

النفي المذكور في صورة شراء الامة مع الولد حتى يكون منافيا لما هو
من نفي القياس اياه الا ان يقال المراد النفي المذكور
من الاعتبار باعتبار مفهوم في كلمات المصنفين قوله تحكم اقول
قد اندفع التحكم بما اشرنا اليه من ان ما علل به عدم ثبوت الحكم
المذكور في هذه الصورة مجموع نفي القياس اياه ولزوم ثبوته
ابتداء وقصدا فتذكر قوله انما يعتق الام اذا ملكها الاب
اعترض عليه بعض الاجلة انه ان اراد بالملك في قوله اذا ملكها الاب
ملك اليمين فهو ليس شرطا في اعتاق الولد امها عند احد من الفقهاء
الا ترى ان الحر اذا استولد امة نفسه لا يجوز بيعها بالاثر المذكور
بعد موت الولد هناك ليس مملوكا للاب ملك اليمين بلا ريب
اقول فيه بحث فان للشارح ان يقول ان الحر اذا استولد
امة نفسه لا يجوز بيعها بالاثر المذكور بعد موت الولد هناك
ليس مملوكا للاب بملك ولدها حال الولادة لكونه امة ولدها فيعتق
عليه لقوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم عتق عليه
الا انه يتعلق حرا في بطن امه وظاهر ما ذكره الحق في كتاب العتاق
يدل على ذلك حيث قال وولد الامة من مولاها حر لانه مخلوق
من مائه فيعتق عليه انتهى وفيه ما فيه كما لا يخفى ان يستدل
على عدم توقف اعتاق الولد امه على ملك اليمين ايضا بما استدل
به في الاحتمال الثاني من صورة استيلاد الحر امة غيره بالنكاح
ثم تملكه اياها قال ويكون كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع
بالدعوة اختصاصه قبل الدعوة كان الولد فيها للمكاتب
وكسبه له وبعدها صار مكاتبا عليه وكسب مكاتب
المكاتب له لا للمكاتب وبالجملة لا يلزم من ان يكون كسب
الولد للمكاتب حال كونه قنا ان يكون كسبه له حال كونه
مكاتبا كيف والكتابة توجب ان يكون المكاتب احق باكتسابه.

اقول

اقول ما ذكره فيما كان المكاتب بالاصالة والاستقلال
كالمكاتب نفسه وعبده والذي كاتبه فانه يجب القول ان حقيقته
بالكسب ضرورة التوسل الى اداء البدل وانتفى علمت
فالقول الفصل انه لو دخل ولد المكاتب في كتابته انه يعتق
باداء المكاتب بدله فلا حاجة الى ان يجعل الولد الداخل احق
باكسابه حتى يخالف حاله بعد الدعوة بحالها قبلها قوله
والاباق لا يدوم لقائل ان يقول ان امتناع البيع بالكتابة
ايضا لا يدوم لامكان زوالها بالتعجيز قال ومن زوج
امته من عبده قال الله تعالى وذكر لان الولد يدخل في كتابة
الوالدين تبعا تحقيقا للصلة على ما مر اقول المقتضى فيما مر بمعنى
معنى الصلة دخوله في كتابة الاب اما دخوله في كتابة الام فبطريق
السراية كسراية الحرية والرق فتامل قوله لان فائدة الدخول هو الكسب
لقائل ان يقول يجوز ان يكون فائدة دخوله في كتابة الاب عتقه مع عتقه
لجواز ان يحصل له العتق قبل حصوله للام ان قيل هذا فائدة للولد
الداخل ولا بد من ان يحصل للمولى في كتابته ايضا فائدة قلت تحقيق
معنى الصلة بقدر الامكان نفع حاصل للاب في دخول ابنه في كتابته
على ما سبق قال الحبر الفاضل فيه تامل اذ يجوز ان يقال فائدته
ان يعتق بعتقها سواء كسب امر لا الخ اقول الظاهر ان مراده الاشارة
الى ما ذكرنا الا انه كان الصواب ان يقول فائدته ان يعتق بعتقه بتذكير
الضمير راجعا الى الاب لان حاصل ما ذكره الشارح في توضيح الوجه الاول
ان فائدة الدخول هو الكسب فاذا فرض اختصاص الكسب بالام لا يكون
فائدة في القول بدخوله في كتابة الاب ايضا فالصواب ان يجاب بتقرير
وجود الفائدة في جانب الاب ايضا لا الام فتامل قال خالفنا الاصل
في الحرية لاجماع في الخلاف المذكور فتامل قال وهذا ليس في معناه
اقول الظاهر ان ما ذكره فيما قبل من ان الاصل ان يكون المولود

بين الرقيقين رقيقا وان ثبوت حرية الاولاد في صورة الحر المغرور
ثابت على خلاف القياس بالاجماع كما في عدم جواز الحاق المكاتب
المغرور قياسا لان من شرط القياس ان لا يكون الحكم في الاصل على خلاف
القياس على ما تقرر في موضعه هذا القول اما لبيان المانع الآخر من القياس
او لبيان عدم جواز الالحاق بطريق الدلالة ولا يبعد ان يقال انه
لدفع ما عسى يرد على قوله خالفنا هذا الاصل في الحر باجماع الصحابة
من ان مخالفتهم لم يكن بمجرد الاجماع حتى لا يجوز الحاق المكاتب به قياسا
بل له وجه ذكره في اواخر كتاب الدعوى من الدليل العقلي وهو قوله
ولان النظر من الجانبين واجب فيجعل الولد حر الاصل في حق ابيه
رقيقا في حق مدعيه نظرا لهما انتهى فيكون استحسانا بالقياس الخفي
ويجوز التعدية فيه على ما نص عليه رحمه الله تعالى في باب التحالف من غاية
البيان حيث قال اعلم ان المستحسن انواع مستحسن بالاثر كالسلم
ومستحسن بالاجماع كالاستصناع ومستحسن بالضرورة كتطهير
الحياض والاواني ومستحسن بالقياس الخفي ولا يخفى ان الثلاثة الاول
لا تصح التعدية فيها لكونها على خلاف القياس وتصح التعدية في النوع
الاخير لموافقته القياس الخفي انتهى **قوله** وكذلك المأذون له اي وكذا
الحال في العبد المأذون ويحتمل ان يكون المراد ان يكون الحكم كذلك في المكاتب
المأذون له بالوطء فيكون اشارة الى قوله فيما سبق بغير اذن المولى
ليس للتقييد الا انه مع بعده جدا يأباه قوله في المسألة الآتية وكذلك
العبد المأذون له فانه نص لا يحتمل هذا المعنى اصلا وقال لان التجارة
وتوابعها داخل تحت الكتابة **قوله** اجيب بان الكتابة تشبه المعاوضة
وبالنظر الى ذلك لا يسقط البدل **اقول** حاصل الجواب ان الكتابة تشبه
المعاوضة وبالنظر الى ذلك لا تبطل الكتابة لحصول الاستيلاد فلا يسقط
البدل وتشبه الشرط وبالنظر الى ذلك تبطل الكتابة كما في مسألة تعليق
الطلاق فيسقط البدل فعملنا في حق الكتابة لشبهيها حيث جعلناها

باقية

باقية من وجه رعاية لشبهها بالمعاوضة فعملنا لسلامة الاكساب
لام الولد وجعلناها باقية من وجه رعاية لشبهها بالشرط
فقلنا بسقوط البدل عنها فلا يرد على هذا الجواب ما اورده بعض الافاضل
بقوله في الجواب نظر اما اولا فلانه قد تقرر فيما مر ان العمل
بالشبهين انما يتصور فيما يمكن الجمع بين الجهتين وههنا ليس كذلك
لان جهة كون الكتابة معاوضة يستلزم عدم سقوط البدل
وجهة كونه شرطا يستلزم سقوطه وهما اي السقوط وعدمه
متنافيان قطعا الى قوله واما ثانيا فلان العمل بالشبهين
لا يتصور ههنا فانما يتصور عند ثبوت الكتابة لانها محل المشابهة
لكل من المعاوضة والشرط لا عند بطلانها فما معنى قول هؤلاء
الشراح فلما عتقت بالاستيلاد بطلت جهة الكتابة الخ
اما عدم ورود الاول فلما عرفت ان العمل بالشبهين في حق الكتابة
لا في حق البدل ولا تنافي بين ان يجعل الكتابة باطلة من وجه
باجراء حكم البطلان في سقوط البدل وباقية من وجه باجراء
حكم الثبوت في سلامة الاكتساب فمآل هذا الجواب الى ما استصوبه
نفسه من ان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الاكساب
والاولاد انتهى ولا فرق بينهما الا في تعليل ذلك برعاية الشبهين
تأمل واما عدم ورود الثاني فلان قول هؤلاء الشراح فلما
عتقت بالاستيلاد بطلت جهة الكتابة من تتمة بيان ان شبه
الشرط يقتضي بطلان الكتابة مرادهم من بطلان جهة الكتابة
عند طريان العتق بالاستيلاد بطلانها بالنظر الى شبه الشرط
لا مطلقا فتدبر **قوله** فعملنا بالشبهين قال الجلبي الفاضل رحمه الله
نظرا لهما **اقول** الشيء اذا كان ذا حظ من الشبهين فتوفية حق
كل منهما ومراعاة كل من الشبهين امر لازم في الشرع من غير توقف
على علة اخرى فلا حاجة الى تعليل رعاية الشبهين بالنظر لهما

ولعله انما قال ذلك مع ما له رجاع هذا الجواب الى ما ذكره المص
في الدرر الآتي حيث قال الا انه سلم لها الاكتساب والاولاد
لان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الاكساب
والاولاد لان الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه انتهى ولكن
الحق ان ذلك بحث آخر في الجواب لا ينبغي ان يرتكب هذا التكليف
في ارجاع هذا اليه   لا يقال احدهما يقتضي العتق
ببدل والآخر بلا بدل والعتق الواحد لا يثبت بهما قال الجد الفاضل
رحمه الله تعالى ان اراد الوحدة الشخصية فغير مسلم كيف وفي العتق
بالكتابة يسلم له الاكتساب والعتق بامومية الولد وان
اراد النوعية فلا ينافي انتهى   ليس مراد الشارح مما
ذكره الاعتراض بان المعلول الواحد لا يعلل بعلتين حتى يجاب
بما ذكره من الفرق بين الوحدة النوعية والشخصية بل مراده
ان تنافي اللوازم يقتضي التنافي بين الملزومات فاذا كان مقتضى
الاستيلاد ولازمه ان يكون العتق الحاصل به بلا بدل
ومقتضى الكتابة ولازمه ان يكون العتق الحاصل به ببدل
ولم يكن يحتمل ان يجتمع البدل وعدم البدل في محل واحد ظهر
عدم امكان اجتماع الكتابة والاستيلاد ولا يخفى ان هذا
لا يفرق بين الوحدة النوعية والشخصية ثم انه لو كان مراده
ما فهمه الجد الفاضل من الاعتراض بعدم جواز تعليل المعلول الواحد
بعلتين لكان الاظهر في الجواب ان يقال ان ذلك في العلل العقلية
واما في العلل الشرعية فيجوز ان يعلل المعلول الواحد ولو كان
شخصيا بعلل شتى كانتقاض طهارة من قاء ورعف وبال
في زمن واحد على ما نص عليه صاحب التلويح في اوائل التقسيم
الرابع ولا ريب ان كلا من الاستيلاد والكتابة من قبيل العلل
الشرعية للعتق فتامل ثم اعلم ان مراد الجد الفاضل بقوله

ان اراد الوحدة الشخصية فغير مسلم هو عدم تسليم كون الثابت
بهما ههنا عتقا بالشخص لا عدم تسليم بطلان ثبوت العتق
الواحد بالشخص بهما كما توهم بعض الاجلة حيث قال هو مردود
بشقيه اما شقه الاول فلحصوله وعدم ثبوت العتق الواحد
بالشخص بالسببين المختلفين في اللوازم امر جلي لا يقبل المنع
الخ والعياذ بالله المستعان من شرور قلة التامل وعدم
الامعان   وعورض بان ام الولد غير متقوم الخ قال
الاتقاني فان قيل رق ام الولد لا قيمة له عند ابي حنيفة رح
فينبغي ان لا يجوز اخذ العوض عنه بالكتابة قيل لزمها قيمته
في السعاية وانما لا قيمة له في الغصوب والبياعات الا ترى
ان ام ولد النصراني اذا اسلمت لزمتها السعاية بهذا الحق
اقول فيه بحث فان المصنف ذكر عدم مالية ام الولد
في صدد تعليل عدم سعايتها حيث قال ولا سعاية عليها
في دين المولى للغرماء لما روينا ولانها ليست بمال متقوم
حتى لا يضمن بالغصب عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وما ذكره
من صورة ام ولد النصراني فانما جاز السعاية عليها لكون ديانة
النصراني بتقومه لقوله عليه السلام اتركوهم وما يدينون ولقد
افصح عنه المص هناك حيث قال وماليته ام الولد يعتقده الذمي
متقومة فيترك وما يعتقده انتهى وقد ذكر مثله قبيل باب عتق
احد العبدين   ويمكن ان يجاب عن المعارضة المذكورة
بما ذكره الشارح نفسه في كتاب العبد المشترك من ان في تقوم
ام الولد عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى روايتين لكن الامر كما ذكره
الشارح ايضا في باب البيع الفاسد من ان ذلك ليس على ظاهره
بل الروايتان عنه في حق المدبر واما في حق ام الولد فاتفقت
الروايات عن ابي حنيفة انها لا تضمن بالبيع والغصب لانها لا تتقوم

على البتة فنا مرّ قال واجيب بان ملك المولى فيها ثابت اقول هذا
الجواب باطل فان حاصل المعارضة المذكورة ان ما ذكر
من احتياج ام الولد الى الكتابة وان كان مقتضيا لجواز
كتابتها الا ان ههنا مانعا عن جوازه وهو عدم تقوم ماليتها
عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وارتفاع المانع شرط لوجود
الحكم فالتعرض في الجواب عن هذه المعارضة لاحتياجها
الى الكتابة لرفع ملك المولى والرقبة عن نفسها لغو محض والمناسب
ان يقتصر في الجواب على قوله والحكم بجواز ان يقابل بدل الى
قوله وان لم يكن متقوما كملك القصاص اقول هذا مخالف
لما ذكره نفسه في كتاب الصلح حيث قال والقصاص متقوم
حتى صلح المال عوضا عنه فيجوز ان يقع عوضا عن قصاص
آخر فليتامل في التوفيق قوله وعلل الثانية بالاولى اعترض
عليه بعض الافاضل حيث قال ان كون المعلل بالعلة الاولى
الجهة التي هي على الكتابة ممنوع لان تلك الجهة ان يلزم من انتفاء
البدل وقوله لامتناع ابقائها من غير بدل لا يدل على ذلك
بل يدل على خلافه لان عدم الفائدة لسقوط البدل عنها الى
اقول منشأ هذا الكلام عدم فهم المرام فان مقصود الشارح
من تعليل جهتي الكتابة بكل من العلتين المذكورتين تعليل
بطلان كل من الجهتين وفسخهما بها اذ كان الكلام في عدم
جواز تعليل الشيء الواحد وهو بطلان الكتابة بهما على ما
افصح عنه قوله لانه علل بطلانها بامتناع بقائها من غير
فائدة ثم علل بالنظر الى جهة من تعليل الجهة الثانية
بالعلة الاولى تعليل بطلان الكتابة في حق وجوب البدل
على المكاتبة المكاتبة بامتناع ابقائها بغير فائدة فان فائدة
وجوب البدل على المكاتبة حصول العتق لها في مقابلته فاذا

حصل

حصل العتق لها بامومية الولد سقط البدل عنها وانفسخ
الكتابة في حق ذلك الحكم لعدم الفائدة في ابقائها وقد اشار
اليه الشارح نفسه فيما سبق قبل اسطر حيث قال فسقط
وبطلت الكتابة لامتناع ابقائها بلا فائدة بالنسبة
الى البدل انتهى فليس في التوزيع المذكور خروج عن صوب
السداد من الوجه الذي ذكره الشارح كما لا يخفى ثم اقول
ان ما ذكره صاحب العناية ههنا من السؤال والجواب
ليس بشيء اما السؤال فانه ليس بشيء اما السؤال فانه ليس فيما
ذكر المص تعليل شيء واحد بعلتين فان المعلل بالنظر اليها حكم الكتابة
بابطال العقد الخالي عن النفع لها واما الجواب فلان ما ذكره
غير موافق للمشروح كما لا يخفى قال اما الخيار فمفرع على تجزي
الاعتاق اقول وجه تفرع التخيير على تجزي الاعتاق على ما
قالوا ان الاعتاق لما تجزى عنده بقي الثلثان رقيقا فبقي
الكتابة في حق الموجل لبقاء محله فيخير لظهور فائدة التخيير
في صورة كون ثلثي قيمته اقل معجلا وبدل الكتابة اكثر موجلا
اما عندهما فالاعتاق لما لم يتجز لم يمكن ابقاء الكتابة
وانما بقي البدل الذي التزمه لكن حالا لان التاجيل
من خواص الكتابة وقد زال فلم يبق التخيير قوله لان في التخيير
فائدة وان اتحد الجنس لجواز ان يكون اكثر المالين ايسر باعتبار
الاجل اعترض عليه بعض الافاضل حيث قال ان الفائدة المذكورة
انما تتصور في صورة ان كان البدل المعجل بالتدبير اقل من البدل
الموجل اقول مراد ابي حنيفة رحمه الله تعالى انه يجب التخيير في صورة
كون المعجل اقل والموجل اكثر لانه يكون في كل من المالين شيء
مرغوب اما في الاول فقلته واما في الثاني فتاجيله فيخير
في سائر الصور وما لا يطرد كما قيل ان حكمة الحكم تراعى

في الجنس لا في الافراد فلا يرد ما اورده هذا الفاضل
قوله واجيب بان اقر حكما بصحة الكتابة نظرا لها فنقسمها
لم نذكر فلم يكن ما يكون بدلها اقول فيحصل النظر بوجوبه اعترض عليه
بعض الاجلة حيث قال في الجواب اشكال لان القول بابقاء
الكتابة فيها بعد ان عتق كلها بالتدبير بناء في قول المص
وعندهما انما عتق كلها بعتق بعضها فهي حرة اذ الظاهر ان
الحرية والكتابة لا يجتمعان في شخص واحد في حالة واحدة
فانى يتصور ابقاء الكتابة فيها بعد ان صارت حرة عندهما
فان قلت المراد ابقاء حكم الكتابة فيها لا ابقاء حقيقتها لان الكتابة
الحرية هو الثاني دون الاول قلت لو ابقي حكم الكتابة
لا بقي تاجيلها لانه من خصائصها ولهذا قال في الكافي في
تقرير دليل الامامين هنا وعندهما لما عتق كله بعتق ثلثه
لان الاعتاق لا يتجزى عندهما بطلت الكتابة وبطل الاجل
لانه من خصائص الكتابة وبقي اصل المال عليه غير مؤجل الخ
اقول فيه بحث فان ابقاء حكم الكتابة في حق البدل لا يقتضي
ابقاه في حق الاجل الا ترى انهم ابقوا الكتابة في حق سلامة الاكساب
ولم يبقوها في حق البدل وليس الاجل من لوازم الكتابة عندنا
على ما سبق من المص حيث قال ويجوز ان يشترط المال حالا ويجوز
منجما ومؤجلا الخ وما نقله من الكافي لا يدل على كون الاجل من لوازم
الكتابة بحيث يقتضي بقاؤها بقاءه وانما يدل على كونه
من خصائصها بحيث يقتضي زوالها زواله والحاصل ان لاحسن
ان يقول المعترض انها اذا لم تبق بحكم الكتابة نظرا لها
في حق البدل لا حتما لكونها افرك ان تعليلها ان يقولوا ببقاء
الاجل ايضا تتميما للنظر فتنتصر قوله اي كسوفا بينا
لا يخفى على احد اقول فيه اخراج للفظ الظاهر عن المعنى الظاهر

المشهور

المشهور فالصواب انه انما قال الظاهر لاحتمال ان لا يسلم لها شيء
من رقبتها بان يموت المولى مديونا بدين يستغرق رقبة المدبرة
فتامل قوله فاعتبرنا المقابلة الصورية قبل موت المولى نظرا
اليه اقول للقائل ان يقول كما يقتضي النظر للمدبر ان يعتبر المقابلة
الصورية قبل موت المولى كذلك يقتضي النظر له ان يعتبر تلك
المقابلة بعد موته لان فيه اسقاط ثلث البدل كما قال به محمد
فالاعتبار به قبل الموت للنظر المذكور وعدم الاعتبار به بعده
مع بقاء العلة تحكم فتامل قوله لانا نبقي الكتابة في حقه اعترض
عليه بان الكتابة بعد انفساخها انما تبقى في حق الاكساب اذا
كان الانفساخ جبريا كانفساخ كتابة ام الولد اذا اعتقت
بموت السيد اما اذا كان انفساخها برضى المكاتبة فلا تبقى
في حق الاكساب ايضا كالمدبرة اذا كوتبت ثم مات مولاه واختار
اداء ثلثي قيمتها دون بدل الكتابة وعتق بجهة التدبير فانه
لا يستحق اكسابه اقول هذا النظر ساقط جدا فان ذلك
اذا علم رضاء المكاتبة بالفسخ صراحة اما بقوله او بفعله كما في الصورة
التي ذكرها فان اختيار اداء ثلثي قيمتها على اداء بدل الكتابة
دليل فعلي على ترك الكتابة واختيار العتق بجهة التدبير وههنا لم يصدر
من المكاتبة ما يدل على رضاها قولا ولا فعلا وانما علم رضاها دلالة
بما ذكروا من انه اذا رضي بالعتق ببدل فبلا بدل اولى ولا يذهب عليك
ان هذا الرضاء المعلوم بطريق الدلالة ليس الا بحصول العتق له
مجانا في الحال لا بعدم سلامة الاكساب له لانه يجوز ان يختار عدم
انفساخ الكتابة وعدم حصول العتق له في الحال مجانا لكي يسلم له
الاكساب اما لتعلق غرضه بعين ما اكتسبه او لاحتمال ان يفضل
كسبه على بدل الكتابة فلو عكس فسخ كتابته في حق اكسابه لعدم
رضاه الفسخ به فتدبر هذا اذا كانت الرواية عليها ذكره المص

من سلامة الاكتساب له واما اذا لم يكن كذلك كما ادّعاه لا تنافي حينئذ قال
وفيه نظر فانّ الرواية لم توجد في كتب محمد ومن بعده من المتقدمين
الى منقول في تخريج المسئلة ان المقصود الاصلي من عقد الكتابة للعبد
هو الحرية وليس سلامة الاكتساب الا ضرورة التوسل بها الى المقصود
فاذا كان رضاء العبد بفسخ العقد في حق سقوط البدل لحصول
العتق الذي هو المقصود الاصلي الحقيقي له لانفساخ العقد له وثبت
في ضمنه سقوط في حق الاكتساب لكونه مقصودا تبعا لكم من شيء
يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا **قوله** لانه اعتياض عن الاجل
وهو ليس بمال او الذين فكان ربوا **اقول** الظاهر من مساق
كلام المص ان يكون الربوا في مقابلة الدين الذي هو مال بالاجل
الذي هو ليس بمال ولكن ذهب الشارح الى ان الربوا في مقابلة
الخمسمائة المعجلة بالالف المؤجل وانّ معنى كلام المص انه
لما لم يكن مقابلة الخمسمائة بالاجل لكون الاول مالا دون الثاني
وجب ان يكون الخمسمائة بمقابلة الالف فكان ربوا ولعله انما
ذهب الى ذلك لان الربوا عبارة عن الفضل الخالي عن العوض والفضل
انما يظهر في مقابلة الخمسمائة بالالف لكنه ليس بلازم فان
الاجل لما لم يكن يكون الدين الذي هو مال فاضلا عليه فيتحقق
الربوا **قال** في عقد المعاوضة لا يجوز وعقد الكتابة عقد معاوضة
اقول فيه بحث فان الكلام ليس في صحة عقد الكتابة وفساده
بل في عقد الصلح الجاري بين المولى والمكاتب في بدل الكتابة
فبيان كون عقد الكتابة عقد معاوضة مما لا مساس له بالمقام
فتأمل ثم ان الجد الفاضل رحمه الله تعالى اعترض على الشارح ههنا
حيث قال منقوض بالمهر والمال المقابل بالطلاق الا ان يقال
ذلك على حله والقياس بالنص اجاب عنه بعض الاجلة حيث قال
ليس ذلك منقوضا بالمهر والمال المقابل بالطلاق لان المراد بعقد

المعاوضة

المعاوضة في قوله وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز ما ذكر العوض فيه
بالايجاب والقبول بطريق الاصالة فيخرج منه النكاح والطلاق
على مال ونحوهما الخ **اقول** لا نسلم كلام الشارح بما ذكره
عن النقض بالكلية فان عقد الكتابة على ما اعترف به نفسه
من تلك العقود التي يجب العوض فيه بالايجاب والقبول بطريق
الاصالة مع انه قوبل فيه المال وهو بدل الكتابة بما ليس بمال
وهو فك الحجر فلا بد من المصير الى ما ذكره الجد النحرير فتأمل
قال ولهذا لا يجوز مثله في الحر ومكاتب الغير الخ ان قيل
عدم جوازه في الصورتين لا يدل على عدم جوازه ههنا لان عدم
جوازه فيهما لجريان الربوا بين الاجنبين ولم لا يجوز ان يجوز
ههنا لان الربوا لا يجري بين المولى وعبده على ما نص عليه
المص في بابه قلنا قد نص هناك ايضا على انه يجري بين المولى
ومكاتبه وعبده المأذون المديون وانما ذكر في غيرهما **قال**
لان الاسقاط انما يتحقق في المستحق والمعجل لم يكن مستحقا **اقول**
هذا بظاهره لا يخلو عن سماجة اذ الكلام في اسقاط النصف
الباقي لا المعجل فلا مساس له بحصار تحقق الاسقاط بالمستحق
بعدم كون المعجل مستحقا ويحتمل ان يكون المعجل سهوا من الكاتب
بدل المؤجل بان يكون مراده ان الاسقاط لا يتحقق الا في المستحق
والمؤجل غير مستحق وانما يكون مستحقا عند حلول اجله ولعل الجد الفاضل
حمل كلام الشارح على هذا حيث قال لو صح هذا لم يجز هبة المهر
المؤجل واسقاط الديون المؤجلة وكلام العاقل يجب صونه عن الالغاء
فالمكاتب يعتبر مسقطا حقه الذي هو التأجيل والمولى مسقطا بعض
حقه وهو خمسمائة قال بعض الاجلة ليس هذا بدلا لان المستحق
في كل منهما هو المؤجل وليس هناك شرط شيء معجل في المقابلة فلم يوجد
النقص في غير المستحق اصلا بخلاف ما نحن فيه فان الخمسمائة المعجلة

المتوقع عليها الصلح اسقاطا لبعض الحق واستيفاء لبعضه الآخر
لان الاستيفاء والاسقاط انما يتحققان في المستحق والمعجل
لم يكن مستحقا فلا يمكن الاستيفاء **اقول** فيه بحث اما اولا
فلما اشير اليه من احتمال ان يكون مبنى كلام الحبر الفاضل ان يكون
الواقع في كلام الشارح لفظ المؤجل بدل المعجل واما ثانيا
فلانه انما لا يكون المعجل مستحقا اذا فرض بقاء الاجل الى زمن
واما اذا فرض ان العبد المكاتب اسقط الاجل فصح لتصرفه
يكون الالف كله مستحقا للمولى فيصح تصرفه فيه باستيفاء النصف
واسقاط الباقي كما اشار اليه الحبر الفاضل نجم الدين بقوله
فالمكاتب يعتبر مسقطا حقه الذي هو التاجيل **قال** وجه الاستحسان
ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه **اقول** قد ذكر الامام
السرخسي في محيطه في هذا المقام وجها آخر للاستحسان حيث
قال تضمن اقدامهما على ذلك فسخ الكتابة وتعليق العتق باداء
خمسمائة معجلا لا اعتياضا عن الاجل لان بدل الكتابة في معنى
المعقود عليه الا ترى ان العجز عن ادائه يوجب فسخ العقد فصح
الفسخ منهما باعتبار الاضافة اليه تصحيحا لتصرفهما انتهى وقد
انتحله منه صاحب التسهيل فاورده في كتابه به ان قيل اذا كان
بدل الكتابة في معنى المعقود عليه كما ذكره في المحيط وقد نص
المص هنا على ان المكاتب لا يقدر على اداء البدل الا بالاجل
كان لا يجوز الكتابة الحالة لان القدرة على المعقود عليه
شرط جواز العقد وانما صح المص الكتابة الحالة بجعل البدل
معقودا به على ما سيجيء قلنا ان بدل الكتابة شبها بالمعقود عليه
وشبها بالمعقود به فوفر على كل من الشبهين حقه كما اسلفناه
فتدبر **قوله** والجواب ان قيل ان البحث السابق كان من وجوه
ثلثة والجواب وجهان اولهما قوله انه اذا ذكرتم وهو جواب

عن البحث الاول وثانيهما قوله وضمنا عطي معنى اعتبر والظاهر انه
جواب عن عدم الاستقامة لفظا فالجواب عن عدم الاستقامة
معنى قلت ذلك القول يتضمن الجواب عن الاستقامة المعنوية ايضا وان
لم يصرح العثور عليه فتامل قوله فان الشيء يجوز ان يكون جهة في شيء
ولا يكون معتبرا وحاصله ان الحاصل للاجل هو المالية من وجه في نظر
الشرع واعتباره وبه يظهر وجه تضمين معنى الاعتبار للفظ الاعطاء
كما لا يخفى **قوله** ومن له ترك شيء فله ترك وصفه **اقول** فيه بحث
فانه يجوز للمكلف ان يترك النوافل وليكنه اذا اراد ان ياتي بها
فليس له ان يترك اوصافها ككون الصلوة بالطهارة والاستقبال
الى القبلة فتامل **قال** ولو قال لان له ان يترك الزيادة وثلث
الالف فله ان يؤخرها كان احسن **اقول** فيه بحث فان تاخير
ثلث الالف له مما لا نزاع فيه لاحد وانما الكلام في الزيادة عليه
وهي الالف فاقتصر في الدليل على ذلك المقدار كما تشبث عن وضعه
الاوعية **قال** فيها ان جميع المسمى بدل الرقبة الى ان قيل فعلى
هذا يكون مبادلة المال بالمال لان كلا من البدل والرقبة مال
متقوم فهذا مخالف لما سبق في وجه المناسبة ولما تقدم ايضا
ان بدل الكتابة يقابله فك الحجر واسقاط الحق قلت في سوق ايضا
على التفصيل ان الكتابة بالنظر الى ابتدائها وباعتبار جانب العبد
مبادلة المال بغير المال لكنها بالنظر الى انتهائها وباعتبار جانب
المولى مبادلة المال بالمال فتذكر **قوله** وجواز الحبس على المماطلة
اقول فيه بحث فانه لا دلالة في الحبس على المماطلة الا على انه
دين واجب الاداء لا كلام فيه وانما الكلام في البدلية فتامل
قال المص بخلاف الخلع لان البدل فيه لا يقابل المال فلم يتعلق حق
الورثة بالمبدل حينئذ فلا يتعلق بالبدل **اقول** فيه بحث فان المفهوم
منه ان حق الورثة لا يتعلق الا بما هو بدل المال وهو منقوض بالدية

في صورة الخطأ فانها ليست بدل المال المتقوم ومع ذلك يتعلق به حق الورثة
حتى انه يعتبر من الثلث ويمكن الجواب عنه بان يقال ليس المعهود منه
ذلك بل المعهود هو ان حق الورثة لا يتعلق من الابدال الا بما هو بدل
مال متقوم والدية في الخطأ ليست من الابدال راسا فان وجوبه
بطريق الجزاء للجناية فلم يكن من ذلك القبيل فتامل نعم اعلم ان المراد
بالمال المال الحقيقي ولذلك اذا آجر المريض داره باقل من اجر المثل
ثم مات تعتبر المحاباة من جميع المال لا من الثلث كما نص عليه قاضيخان
في باب الاجارة الفاسدة من فتاواه مع ان بدل الاجارة يقابل
المنافع التي هي المال المتقوم على ما بينه في مواضع على ما سبق الاشارة
اليها وذلك لانها وان كانت اموالا حكما الا انها ليست كذلك
حقيقة لان المالية تثبت بالاحراز والادخار **باب من يكاتب**
من العبد قوله لما فرغ من احكام تتعلق بالاصل في الكتابة
اقول فيه بحث فان المذكور فيما تقدم ليس احكاما تتعلق
بالاصل في الكتابة بل هو ايضا احكام تتعلق بالتبع الا ترى
الى ما ذكره الشارح نفسه في صدر الفصل الاول من الفصلين
السابقين حيث قال لما فرغ من ذكر مسائل من هو داخل تحت الكتابة
بطريق الاصالة ذكر في هذا الفصل مسائل من يدخل فيها بطريق
التبعية وما يشبهها وقال في صدر الفصل الثاني منهما مسائل
هذا الفصل نوع آخر من جنس مسائل الفصل الاول انتهى فكيف
يصح ما ذكره ههنا في وجه الترتيب وكيف يتم التوجيه اللهم الا ان يقال
ان الاحكام المذكورة فيما سبق وان كانت متعلقة عن يدخل في الكتابة
بطريق التبع الا ان العاقد لكنه بتدبيرها عاقد لنفسه اصالة وفي هذه
الكتابة عاقد لغيره نيابة ففي هذا الوجه ناسب تاخير هذا الباب
اذ الظاهر ان يكون تصرف المرء لنفسه وبهذا يظهر انه انما عدل
عن عبارة التبع الى النائب ليظهر الفرق بين الوجهين كما لا يخفى

قوله

قوله ونفوذ عتقه باداء هذا القائل **اقول** فيه بحث فان نفوذ
عتقه باداءه في هذه الصورة بحكم الشرط على ما سبق لا بحكم العقد
قال وهو الاستحسان لقائل ان يقول سلمنا انه لا ضرر للعبد في ذلك
فالعقد صحيح نافذ في حق هذا الحكم الا ان العتق في الكتابة الصحيحة
النافذة انما يثبت باداء العبد المكاتب لا بتبرع الغير عنه فانه
فتامل **قوله** والفرق ان ما له ههنا اسقاط وما عليه التزام **اقول**
يعني بخلاف البيع فان كلا مما له وما عليه فيه التزام **قوله** حيث
لم يامره بالاداء **اقول** علل عدم الرجوع بالمتبرع وعلل التبرع
بعدم الامر فلزم من ذلك ان الامر بالاداء يقتضي الرجوع وفيه
تفصيل ذكره الامام قاضيخان في فصل الكفالة من فتاواه **قوله**
ولا هو مضطر في ادائه **اقول** اشار بذلك الى ان عدم التبرع لا يتوقف
على الامر الشرعي بل قد يثبت الرجوع فيما اذا كان المؤدي مضطرا في الاداء
وذلك كما اذا كان حائط مشترك بين شريكين انفق احدهما في مرمتها بغير اذن
الشريك لا يكون متبرعا لانه لا يتوسل الى الانتفاع بها الا بذلك
ذكره الامام قاضيخان في باب الحيطان ومجاري الماء من كتاب الصلح
وكذلك معير الرهن اذا ادى دين الراهن يرجع عليه كما سياتي ان شاء الله تعالى
قال كالامة اذا كوتبت دخل اولادها **اقول** لو ذكر في التمثيل
من صور الكتابة بالتبع ما اذا كاتب عبده على نفسه وولده الصغير
لكان اولى فان الولد فيه ايضا مقصود بالكتابة من وجه حيث اضيف
العقد اليهما حتى ان المولى اذا اعتق الولد الصغير سقط من البدل
ما يخصه على ما صرح به الشارح فيما سبق فلو كان ذكر في معرض التمثيل
تلك الصورة لكان سالما عن ان يرد عليه ما اورده الشارح بقوله
فان قيل ليس ما نحن فيه كالمستشهد بها اللهم الا ان يقال ان الحكم
في الصورة المذكورة ثابت بالاستحسان المذكور كما هو راي اكثر المشايخ
فلا فائدة في ذكرها الحق **قال** وايهما عتق الى هذا يرى تكرار لما سبق

من قوله فان ادى الشاهد او الغائب عتقا الى ان كل واحد منهما من كلام
محمد في الجامع الصغير وعبارة محمد في المسئلة السابقة ليست كذلك
على ما نقلها عند الانفاق هناك حيث قال صورة المسئلة في اصل الجامع
الصغير وان كاتب عبده على نفسه وعلى عبد آخر غائب او ولده فادى
هذا الشاهد عتق الغائب وايهما ادى لم يرجع على صاحبه بشيء انتهى
فلا يكون تكرارا على هذا فتامل **قال** لا معتبر لجهة الاصالة اذ لو كانت
معتبرة لكان بعض البدل على الغائب **اقول** ان سقوط بعض البدل عنه اعتاق
المولى للعبد الغائب على ما سبق يعارض هذا الوجه ويدل على اعتبار
جهة الاصالة فيه فتامل **قال** ويجبر المولى على القبول **اقول** معنى
الجبر على ما ذكره المص نفسه في باب العتق على جعل تنزيله قابضا بالتخلية
حيث قال ومعنى الاجبار فيه وفي سائر الحقوق انه ينزل قابضا بالتخلية
قال واما الغائب فلانه ينال به شرف الحرية ان قيل لا حاجة الى هذا
بل بقبول الغائب للعقد كما هو مقتضى اداء الحال يكون العقد نافذا في حقه
اذ التوقف الذي ذكر في وجه القياس كان لعدم ولاية الحاضر عليه
على ما سبق فاذا سمع وقبل فادى ينعقد العقد في حقه ايضا ولا يحتاج
الى ما اشار اليه في وجه الاستحسان من نفوذه على وجه يلزمه انواع الحاضر به
قلنا الحاجة الى ذكر ما يترتب على ما يرشد اليه قوله فيما سيجيء فان قبل
العبد او لم يقبل فليس ذلك منه بشيء **قال** ومعير الرهن مضطر وهذا
يرجع على المستعير بما ادى **اقول** لا شك ان المعير مضطر في اداء جميع الدين
الذي وضع المستعار رهنا بازائه فانه ليس له قدرة على فكاكه الا
باداء الجميع فلو كان وجه الرجوع هو الاضطرار لكان يجب ان يرجع
بجميع ما ادى مع انه ليس كذلك على ما افصح عنه الامام قاضيخان
في فتاواه حيث قال فلو ان الراهن عجز عن فكاك الرهن فقضى المعير
دين الراهن كان للمعير ان يرجع على الراهن بقدر ما يسقط من الدين
عند الهلاك ولا يرجع باكثر من ذلك حتى لو كان قيمة الرهن الفا

فرهنه

فرهنه بالفين باذن المعير وافتكه المعير بالفين لا يرجع على الراهن باكثر من الف
انتهى وقد ذكر صاحب النهاية هذا التفصيل في اواخر كتاب الرهن حتى انه
قال ولا يرجع باكثر من الالف لانه لو هلك الرهن لم يضمن الراهن للمعير اكثر
من ذلك فكذا اذا افتكه كان متبرعا بالزيادة فان قيل هو لا يتوصل الى
تخليص ملكه الا بايفاء جميع الدين فلم يكن متبرعا قلنا الضمان انما وجب
على المستعير باعتبار ايفاء الدين من ملكه فكان الرجوع اليه بقدر ما
يتحقق الايفاء انتهى **قوله** اجيب بانه متوهم **اقول** اراد ان حق
الحرية متوهم كما ذهب اليه الحشي الفاضل حيث قال في قوله انه راجع
الى قوله حق الحرية الخ قلنا ليس كذلك فان حق الحرية دائر مقرر وانما
المتوهم هو نفس الحرية وان اراد ان الفوات المذكور متوهم كما هو
الظاهر من عبارة تاج الشريعة رحمه الله كما وهو الذي سبق اليه الشارح
الى الجواب المذكور حيث قال قلنا الضرر المذكور متوهم قلنا
فوات المعير المرهونة عند المرتهن ايضا متوهم لجواز ان يبقى محفوظا
الى ان يؤدي الراهن بنفسه ذكره الشيخ ابن غلبنا فتامل **قوله** فليس للمولى
ان ياخذه بشيء **اقول** لا يخفى على ذي مسكة ان مراد المص رحمه الله
من قوله لان الكتابة ما نفذت عليه من غير قبول الغائب فلا ينفذ الى
اثبات عدم ثبوت حق الرجوع للحاضر على الغائب بعد قبول الغائب
لا اثبات عدم قدرة المولى على مواخذة الغائب بعد قبوله
كما يفصح عنه تنظير ذلك بقوله كمن كفل عن غيره بغير امره فبلغه فاجاز
لا ينفذ حكمه حتى لو ادى لا يرجع عليه انتهى فكان الاولى ان يقول
الشارح بدل هذا المذكور فليس للحاضر ان يرجع على الغائب بشيء
باب كتابة العبد المشترك قوله ذكر كتابة الاثنين بعد كتابة
الواحد **اقول** لا يخفى ان هذا الوجه بظاهره لا يجري في المسئلة الاولى
من مسائل هذا الباب عند ابي حنيفة رحمه الله لما ستعرفه من ان الكتابة
فيها عنده احد الشريكين والظاهر ان المص انما اختار في عنوان

الباب

زه

ان يقول باب كتابة العبد المشترك على ان يقال باب كتابة الاثنين ليعم تلك الصورة
فالشارح اما ان يقول ان المراد من كتابة الاثنين ما يعم صدورها حقيقة
الاعتاق منهما او الاذن من احدهما والاعتاق من الآخر بطريق المسامحة
او يختار مذهبهما في تلك الصورة فلا يبالي بعدم جريان الوجه المذكور
على مذهبه او يجعل المقصود بالبيان في هذا الباب كتابة الاثنين ويجعل
تلك المسئلة استطرادية كما ان قوله واذا كان العبد بين رجلين دبره
احدهما ثم اعتقه الآخر وهو موسر الخ استطرادية البتة ونقول
ان الاستطرادي قد يتقدم على المقصود كما في باب العشر والخراج
الا ان تكلف كل خلاف الظاهر فالوجه الظاهر ما ذكره الاتقاني كما اشار
اليه الجد الفاضل رحمه الله **قال** ثم عجز **اقول** لا يظهر فائدة لعرض
العجز في هذه الصورة لعدم توقف الجزاء المذكور ويمكن على ذلك الغرض
اذ الظاهر انه اذا ادى العبد للشريك الماذون له فعتق يكون المال كله
للذي قبض عند ابي حنيفة ولا يرجع الآذن عليه لاستبداده
في الكتابة وتبرع الآذن عليه بحصته ويكون المال بينهما عند صاحبيه
لكون الكتابة بينهما فلم يكن للآذن في صورة الاداء حق استسعاء
العبد في حصته الا انه لا تعرض له في كلام المص نفيا واثباتا كما انه
انما فرض ذكره دفعا لتوهم ان عدم رجوع الآذن على الماذون له
بحصته من المال المؤدى مقصور بصورة العتق واما في صورة العجز فيرجع
عليه بحصته لعدم حصول مقصوده على ما اشار اليه الشارح بقوله
المتبرع يرجع بما تبرع الخ **قوله** وتصرف الانسان في خالص حقه
انما يسوغ اذا لم يتضرر به **اقول** قال في الخانية وفي المبسوط صاحب
الدار اذا رفع بناءه فافسد الريح او الشمس على جاره او نقض جداره
او فتح ابوابا لا يمنع وان تضرر به الجار لانه تصرف في خالص ملكه **قال**
اي صحة دعوته وثبت نسبه قال الجد الفاضل فيه بحث **اقول** لعله
اشارة الى ان الجزاء المذكور في المص فهي ام ولد لها للاول فلو وجب

المنعقد بر الجزاء الاول وكذا الحال في قوله ثم وطئها الآخر فجاءت بولد
فادعاه فتأمل **قال** بناء على ان الاستيلاد في المكاتبة يتجزى عنده
اقول يفهم من هذا ان لا يتجزى الاستيلاد في القن عنده وهو خلاف ما
سبق من المص في باب الاستيلاد حيث قال لان الاستيلاد لا يتجزى عندهما
وعند ابي حنيفة رحمه الله تعالى يصير نصيبه ام ولد له ثم يتملك نصيب صاحبه
الخ والجواب ان المراد من التجزي المخصوص بالمكاتبة وامثالها بقاؤها
متجزيا والمراد من التجزي المفهوم مخصوصه بالقن هو التجزي ابتداء ثم الاكمال
لتملك نصيب صاحبه فتأمل يرشدك الى هذا ما ذكره المص في باب عتق البعض
حيث قال والاستيلاد متجزئ عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة
يقتصر عليه وفي القنة ضمن نصيب صاحبه بالافساد ملكه بالضمان فكمل
بالاستيلاد **قال** ولو وجد لفسخ الكتابة لان المكاتب قد يرضى
بحرية عاجلة بجهة الكتابة ولا يرضى بحرية آجلة بتبعية الاستيلاد
اقول هذا جواب عما ذكر في دليل الامامين بقوله وقد امكن ههنا بفسخ
الكتابة لانها قابلة للفسخ لكنه لا يخفى انه لو وجد هذا الجواب
فان عندهما بفسخ الكتابة عنها في حصة الشريك الثاني لا تسقط عليها
باب حصول الحرية العاجلة بجهة الكتابة اذ لا يزول عنها الكتابة
نهاية الامر انها تصير مكاتبة للشريك الاول فقط بعد ان كانت مكاتبة
للشريكين فيعتق باداء المال للاول بل بنصفه على قول بعض المشايخ
على ما افصح عنه الشارح فيما سيجئ حيث قال وقال ابو يوسف ومحمد
رحمهما الله كلها ام ولد للاول وهي مكاتبة له يعتق باداء البدل
الى الاول **قال** وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هي ام ولد للاول
ولا يجوز وطء الآخر لانه علة ادعى الاول **اقول** اراد بعدم جواز
الوطء عدم ترتب حكم شرعي عليه كثبوت النسب لا مجرد عدم الاباحة
فان ذلك ثابت بالاتفاق ولا يتوقف على كونها ام ولد للاول
فانه لا يباح وطء الجارية المشتركة سواء كانت ام ولد ام لا

قال حيث طريق بيعها لانه لا يجوز البيع والهبة ايضا ولو بعد العجز والرد الى الرق فلا يرد ما عسى ان يتوهم من ان المكاتب ايضا ليس بمحل للبيع والهبة فتامل **قوله** وهو كونها احق باكسابها واكساب ولدها **اقول** وكذا حصول العتق لها عاجلا باداء البدل **قال** ويخلو في بيع المكاتبة قال الجد الفاضل رحمه الله **اقول** اقوى جواب عندي عن قياس ابي حنيفة رحمه الله ان نقل المكاتبة عن ملك الثاني الى ملك الاول على نيتها ووجهان في النقل لا تنفسخ الكتابة مطلقا كما فصل بخلاف البيع اعترض عليه بعض الاجلة حيث قال انت خبير بان القياس الذي ذكره لم ينقل من ابي حنيفة قط فكيف يكون هذا جوابا عنه كما انتهى **اقول** جاز ان يكون مراد الجد الفاضل رحمه الله من قياس ابي حنيفة رحمه الله قياسه المقدر لا المحقق يعني لما كان لابي حنيفة ان يقيس عدم جواز نقل حصة المولى الثاني من المكاتب الى ملك المولى الاول لتكميل الاستيلاد على عدم جواز نقلها بطريق البيع اجاب عن ذلك القياس المقدر بهذا الطريق فتدبر **قال** غير انه لا يجب عليه الحد للشبهة لقائل ان يقول الشبهة كما تؤثر في سقوط الحد تؤثر في ثبوت النسب كما هو الشائع حتى انه قال في مبحث النهي عن التقبيح وكذا النكاح بغير شهود لانه منفي بقوله عليه السلام لا نكاح الا بشهود اي يكون باطلا وانما النسب وسقوط الحد للشبهة فتامل **قوله** وانها تبقى مكاتبة بينهما فيما يتقرر به بالاجماع اعترض عليه الجد الفاضل حيث قال يخالف لقوله وهي مكاتبة له انتهى **اقول** دفع هذا الكلام على طرف التمام فان قوله وانها عطف على قوله وهي شبهة انها مكاتبة بينهما فما ذكره هنا شبهة بقائها مكاتبة فيما يتقرر به بالاجماع وما ذكره ثمة كونها مكاتبة للاول على رايهما عند التحقيق فيحصل التوفيق والتلفيق فالاولى في الاعتراض على كلام الشارح في هذا المقام

ان

ان يقال ان معنى انفساخ الكتابة فيما لا يتضرر وبقاؤها فيما يتضرر انها تنفسخ الكتابة في حصة المولى الثاني فيما لا يتضرر المكاتبة فتصير بهذا الفسخ تلك الحصة قابلة للنقل من ملك الى ملك فتنتقل الى حصة المولى الاول لتكميل الاستيلاد فيبقى كلا الحصتين مكاتبة فيما يتضرر به الا انها تكون مكاتبة للمولى الاول باجمعها لا انها تبقى مكاتبة للثاني فتامل **قوله** يجوز ان يكون جوابا عما يقال **اقول** كان الظاهر ان يقول يجوز ان يكون جوابا عما ذكر في وجه القول الاول **قوله** واذا كاتب الرجلان عبدا مشتركا **اقول** مراده بيان المسئلة التي قيس قول ابي يوسف فيما نحن فيه على قوله في تلك المسئلة لا تفصيل قول المص في هذه المسئلة التي هو صدد شرحها كما هو معتاده في سائر المواضع فاياك ان تغفل عما ذكرنا **قوله** فيستحيل ان يجب عليه نصف القيمة وهو خمسمائة **اقول** المانع ان يمنع استحالة ذكر بل بعده فائدة وان كان يصل الى الشريك الساكت نصف درهم لا يتم لكل الحسنى لا حصته بالاستيلاد الا انه كان نصف المكاتبة يعتق على ملكه فيكون نصف ولاية له وكذا اولاده واحفاده فنصف القيمة وهو خمسمائة وان كان اكثر صورة الا انه اقل معنى نظرا الى الولاء يرشدك الى هذا ما ذكره الاتقاني حيث قال واما قال في قياس ابي يوسف لانه استهلك الرقبة على شريكه الا ترى ان الولاء صار كله له فيجب ان يغرم نصف قيمة الرقبة انتهى وفيه ما فيه فليتامل **قال** وعلى هذا القياس قوطها فيما نحن فيه اعترض عليه حيث قال صرف القياس في كلام المص هذا الى قول ابي يوسف ومحمد معا مع ان كلام المص المقيس عليه وهو مسئلة الاعتاق على ما سيأتي صريح في ان محمدا مع ابي يوسف هناك في ان يضمن الساكت المعتق قيمة نصيبه مكاتبا اذا كان موسرا دون الاقل منها ومن نصف ما بقي من البدل **اقول** عكن الجواد عما ذكره بحمل قول المص فيما سبق وعندهما لما كان لا يتجزى يعتق الكل فله ان يضمن قيمة نصيبه مكاتبا لانه دين ذلك

عند محمد في صورة كون البدل اقل من القيمة توفيقا بين كلام المص
وبين ما ذكر في البدائع والكافي وتخليصا لقول محمد عن ان يكون
مخالفا للقياس ما ذكره غير ويكون عدم التفصيل والتقييد لعدم
اقتضاء المقام ذلك اذ المقصود هناك مجرد بيان مخالفة
قولهما لقول ابي حنيفة من حيث انه لا يقول بضمان نصيبه من القيمة
قبل التنجيز اصلا وهما يقولان بذلك في الجملة واما قول المص
وفي قول محمد فالظاهر ان معناه في قياس قول محمد يجزي في المضاف
فتدبر قوله وتدبير الاستسعاء الخ اعترض عليه بعض الافاضل
حيث قال فيه ان تدبير الاستسعاء غير خارج عن الخيارات
الثلث كتدبير الاستسعاء اقول نعم ان من جملة الخيارات
الثابتة عند ابي حنيفة هو الاستسعاء الا ان نظر الشارح
الى انه يمكن ان يقال الخلاف بين ابي حنيفة وبينهما في موضعين
احدهما في التخيير من حيث هو تخيير مع قطع النظر عن تعيين الامور
التي يخير بينها فان عنده تخيير بين امور ثلثة ولا تخيير عندهما
بل يتعين امر واحد والثاني ان استسعاء العبد يثبت عنده
في صورة اليسار والاعسار من غير تردد بخلاف مذهبهما
فانه يختص فيه في صورة الاعسار ولا يخفى ان الخلاف الاول
لا يقتضي هذا الخلاف لامكان ان لا يثبت عندهما التخيير
ويتعين في كل صورة امر واحد يكون ذلك الامر المتعين في الصورتين
هو الاستسعاء فلا يكون تردد فيه كما لا يخفى على المتامل نعم
كان على الشارح ان يذكر المعتق ايضا فانه يجري ما ذكرناه فيه
ايضا واليه اشار بقوله كتدبير العتق الا ان جوابه ظاهر
قال لان الاعتاق لما كان يتجزى عنده كان اثره ان يجعل نصيب
غير المعتق كالمكاتب فلا يتغير به نصيب صاحبه انتهى وان قبل
ان احد الشريكين اذا اعتق حصته من العبد المشترك يكون

حصة

حصة الساكت بمنزلة المكاتب الا ان بينهما فرقا حيث لا يرد رقيقا
بالتعجيز كالمكاتب على ما افصح عنه المحيط في كتاب العتاق حيث قال غير انه
اذا عجز لا يرد الى الرق لانه اسقاط لا الى احد فلا يقبل الفسخ بخلاف
الكتابة المقصودة لانه عقد يقال ويفسخ انتهى فقد وجد النقض
المؤدي الى التضرر فكان ينبغي ان يكون له التضمين قلت اثر هذا
الفرق وثمرته انما تظهر عند تعجيز المكاتبة نفسها فانه حينئذ تنفسخ
ضرر الاعتاق بالنسبة الى الشريك الساكت حيث لا ترد حصته
الى ملكه وابو حنيفة رحمه الله قائل بالتضمين عند التعجيز على ما
افصح عنه في اول الباب بقوله ثم عجزت ضمن المعتق لشريكه
نصف قيمتها فاندفع بهذا ما اورده بعض الشراح بقوله فان قلت
بالاعتاق يتقرر حكم الكتابة حتى لا يحتمل الفسخ وقد كان
يحتمله قبل العتق والتاكيد حكمه كالابتداء الخ لكن بقي ههنا شيء
وهو انه اذا ظهر ما نقلناه عن كتاب العتاق ان الحصة المكاتبة
بالكتابة الحكمية التي يستتبعها اعتاق البعض من العبد المشترك
لا يمكن عودها الى الرق بالتعجيز اصلا واتجه على قول الخصم انها
لما عجزت وردت من الرق نصيبه كانها لم تزل قنة انه مخالف لما الفه
من ان معتق البعض لا يرد الى الرق وكان الصواب ان يعلل التضمين
عند التعجيز بما اشرنا اليه من ظهور اثر الاعتاق عنده بعدم امكان
اعادته الى الرق قوله في كونه خروجا عن الملك اقول كان الصواب
انتقالا في كونه انتقالا من ملك الى ملك لئلا يتناول الاعتاق فان
الخروج عن الملك يتحقق فيه ايضا قال والوطء اقول اراد به
الانتفاع بمنافع بعضها اما بنفسه كوطئه او بتمليكه تلك المنافع
لاخر بطريق تزويجها منه واخذ المهر عقابلتها قال او غصب
الغنم فماتت او ابق اقول لو طرح صورة الموت من البين لكان
اولى لان ثمرة تعلق الضمان بالتمليك اذا كان المحل قابلا للتمليك

وقت الاعتاق انما يظهر سقوط الضمان عند اعتراض ما يفوت بالتمليك
وذكر يتصور في صورة الاباق فانه اذا اغتصب قنا فابق عنده الغا صب
وجب على الغاصب ضمانه متعلقا ذكر الضمان بالتمليك لكون المحل
قابلا لذلك فاذا اعترض على ذلك ما يفوت التمليك بان يدبر المالك
ذلك العبد المغصوب الآبق سقط الضمان عن الغاصب فلا يتصور
في صورة الموت كما لا يخفى باب موت المكاتب وعجزه وموت
المكاتب قال وليس بناقض اقول اي الاستدلال المذكور
قوله لانه يفيد الوجود عند الوجود فقط اقول يعني ان الشرط
يفيد وجود المشروط عند وجود الشرط لا عدمه عند عدمه
فلا عبرة بمفهومه عندنا حتى يكون اثر علي رضي الله عنه
دليلا على عدم جواز التنجيز قبل توالي النجمين فلا يتحقق
استدلالهما عليه بما ذكراه من القياس ان قلت ان ما ذكره
خلاف ما هو المشهور فان الشائع ان الشرط يقتضي العدم عند
العدم لا الوجود عند الوجود الا ترى ان الوضوء شرط للصلوة
ولا يلزم من وجوده وجودها لكنه يلزم من عدمه عدمها
قلت ذلك في الشرط الحقيقي المعروف في اصطلاح المتكلمين بما يتوقف
عليه الشيء ولا يكون داخلا ولا مؤثرا فيه وكلامنا في الشرط
الجعلي الذي يدخل عليه شيء من الادوات المخصوصة الدالة
على سببية الاول ومسببية الثاني ذهنا او خارجا كما تقرر
في موضعه قوله والجواب ما اشار اليه فخر الاسلام اقول قد سبق
في هذا الجواب ترجيح الشروح لكنه ليس بسديد فانه قد تقرر في مبحث
المفهوم ان مجموع الشرط والجزاء كلام واحد دال على ربط شيء
بشيء وثبوته على تقدير ثبوته من غير دلالة على الانتفاء ولا
يذهب عليك ان هذا المعنى لا يتفاوت بكون المعلق عليه شيئا
او شيئين على ان عدم نزول الحكم المعلق على شرطين قبل وجودهما

انما يقتضي عدم وجود ذلك الحكم بذلك الكلام المعلق قبله لا بسبب
آخر فانه اذا قال احد لعبده ان دخلت هذه الدار وهذه فانت
حر لا يعتق العبد بهذا الايجاب المعلق الا بدخول الدارين واما
عتقه بسبب آخر كان يقول المولى انت حر فلا ريب في جوازه فالحاصل
يلزم من تعليق الرد الى الرق على وجود النجمين معا عدم دلالة
كلام علي رضي الله عنه على رده اليه قبلهما لا دلالته على عدم
رده اليه فيكون الاثر المذكور ساكتا عن حال ما قبلهما غير متعرض له
نفيا واثباتا فيثبت الرد بما ذكرا من الدليل العقلي فتامل والعجب
ان تاج الشريعة بعدما اجاب بهذا الجواب عن الاعتراض المذكور
قال في شرح قول المصنف والآثار متعارضة ولان فيما روي عن علي
ليس انه لا يرد الى الرق ما دون ذلك انتهى وانت خبير بان مقتضى
الجواب المذكور ان يكون في اثر علي رضي الله عنه دلالة على ذلك فتامل
قال وهذا لان مقصود المولى لا يخفى ان فوات مثل هذا المقصود
لا يكون سببا للفسخ الا ترى ان البائع لو باع واجل الثمن
ثم عجز المشتري عن اداء الثمن عند حلول الاجل لا يفسخ عقد
البيع وان تحقق فوت مقصود العقد فتدبر قوله الضمير في فيفسخ
يجوز ان يكون للمولى الخ اقول فيه بحث فان هذا الاحتمال غير
صحيح ههنا وان كان في الفسخ عند عجز المكاتب عن اداء البدل
وعدم رضائه بالفسخ روايتان بناء على ان المختار عند المصنف
هو رواية عدم الاستبداد في الفسخ حيث قال فيما سيجيء ولو لم يرض
به العبد لا بد من القضاء بالفسخ انتهى فتامل قال والآثار
متعارضة الى قوله فسقط الاحتجاج بها اقول هذا مبني
على ما ذكره فخر الاسلام في شرح التقويم من انه اذا وقع التعارض
بين شيئين فالميل الى اقوال الصحابة وان وقع بينها فالميل
الى القياس ولا تعارض بين القياس وقول الصحابة قال عاد

الى احكام الرق اقول اصار في الحام لفظ الاحكام فان الرق في المكاتب كامل على ما ذكرناه فيما سبق قوله واستدل لذلك بالمعقول اعترض عليه الجد الفاضل حيث قال ولا يطابق المشروح لان اولا نبه على انه استدل اولا باثر زيد وبالمعقول وقال فيما نقل عنه حيث قال ولان المقصود بالواو العاطفة اقول نعم ان كلام المص اشارة الى الاستدلال باثر زيد يجب ان يحمل تقدير الكلام تقتضيه الواو العطف هكذا لانه ذهب اليه زيد ولان المقصود الخ الا ان الشارح حض الاستدلال بالمذكور دفعا لما يرد على ظاهر كلام المص من ان المشهور ان تقليد الصحابة غير واجب عند الشافعية بل لا يجوز ان يستدل على مذهب الشافعي ههنا بما فعله زيد بن ثابت على ان يكون ذكر اثر زيد لمجرد التاييد والتقوية وان يكون الاستدلال الحقيقي بالمعقول وهذا وجه وجيه لا غبار فيه واما ما ذهب اليه بعض الاجلة من ان يكون الواو في كلام الشارح ايضا للعطف فمبناه الغفول عن ان الاشارة بالواو العاطفة على تكرار الدليل انما يناسب كلام المص لا الشارح لان مقام الشرح مقام البسط والتفصيل لا الاجمال والاشارة فتامل قوله من بيان ما هو اصل منصوص عليه الى القائل ان يقول لا يجب ان يكون ثبوت الحكم في الاصل بالنص لجواز ان يكون بالاجماع قال ولا نص فيه اي يشترط ان لا يكون في الفرع نص موافق للقياس المذكور ولا مخالف له فانه على الثاني لا عبرة بالقياس اصلا وعلى الاول لا حاجة اليه هذا هو المشهور في كتب الاصول الا انه قد يقال عدم الاحتياج الى القياس لا ينافي صحته والاستدلال به فصار الحق ان شرط الادلة كالاجماع عن قاطع والحق هذا ذهب كثير من المشايخ وكثر في كتب الفروع الاستدلال في مسئلة واحدة بالنص والاجماع والقياس قوله ويجوز انه يقال جوابا عما يقال

ليس موت المكاتب كموت العاقد لان العقد يبطل بموت المعقود عليه قال الجد الفاضل رحمه الله هذا لا يخلو عن بعد بعد قوله لا يبطل بموت احد العاقدين فكذا بموت الآخر فانه صريح في عدم كون المكاتب معقودا عليه اللهم الا ان يحمل على الكلام التنزلي المتبادر من الجواب المذكور على تقدير كونه جوابا عما ذكره من السؤال ان يكون المكاتب معقودا عليه مسلما عند المص حيث لم يتعرض في الجواب لمنع ذلك وذلك بعيد بعد قوله لا يبطل بموت احد المتعاقدين فكذا بموت الآخر الا ان يحمل الجواب على التسليم في نفس الامر فلا غبار على كلام الجد الفاضل كما توهم بعض الاجلة حيث قال ولئن سلم كونه صريحا في ذلك فعدم كون المكاتب معقودا عليه عندنا لا يستدعي كونه كذلك عند الخصم الخ ثم ان ذلك البعض من الاجلة اعترض على كلام الشارح حيث قال لا وجه لتجويز كونه جوابا عما يقال من طرف الخصم ليس موت المكاتب كموت العاقد لان العقد ينفسخ ويبطل بموت المعقود عليه وهو المكاتب دون العاقد لان الجواب عنه انما يتصور لمنع كون المكاتب بنفسه معقودا عليه وبيان ان المعقود عليه انما هو ساوة ما الكتابة لليد ولخصم لم يتعرض في كلامه لهذا المنع ذكر قط ولا لبيان ان المعقود عليه ما ذا الخ اقول لا يخفى على احد ان ما ذهب اليه الشارح ههنا من الاحتمال مما لا يخطر بالبال وما ذكره هذا المعترض مرفوع اشار الشارح الى دفعه فيما سيجيء بقوله ولم يتعرض بان المكاتب ليس بمعقود عليه هو سلامة ما لكتبه لليد انتهى يعني انه كان الظاهر ان يجيب بمنع كون المكاتب معقودا عليه ويبين ان المعقود عليه هو سلامة اليد الا انه سكت عن ذكر اكتفاء بما سبق واقتصر على الجواب التسليمي ان قلت قد انشا المعترض الى ان الجواب التسليمي المذكور غير صالح لان يكون جوابا

حينئذ قال فلا مجال لان يكون كلامه هذا جوابا عن ذلك السؤال لان بطلان
العقد هاهنا هو المقصود عليه امر مجمع عليه لا يحتمل جوازه بكون الحاجة
ادعى الحقائق قلت لا يسلم الشارح ذلك فان مواضع الحاجة
مستثناة من قواعد الشرع فتامل قال او يستند الحرية باسناد
سببه الاداء الى ما قبل الموت وترك العلامة الروحي كلمة او في يستند الحرية
بكلمة الواو وقال فيما نقل عنه هذا من تمام التعليل في قال او يستند
فقد اخطأ انتهى وقد تحير بعض الاجلة في وجه العدول وقال ان المحشي
هو هذا المخطئ فان المقصود من كلمة او هو الاشارة الى الحاكمين المختلفين
المستقلين في اثبات قول ائمتنا في مسئلتنا هذه فحق التعبير ان يذكر
كلمة او دون كلمة الواو ولعل منشأ غلط ذلك المحشي انه زعم ان قول
صاحب الهداية او يستند معطوف على اول التعليل وهو قوله
ولنا انه عقد معاوضة الخ اقول اخطأ هذا الفاضل في نقد منشأ
ما ذهب اليه العلامة من تبديل او بالواو وخفي عليه لكن مع انه في غاية
الظهور ومع لم يجعل الله له نورا فما له من نور وذلك انه انما ذهب
الخ لكن نظر الى ان اسناد الحرية الى ما قبل الموت من غير مصير
الخ تقديره حيا لا يجوز لما ذكره الخصم في وجه بطلان الاحتمال الثالث
من ان الثبوت في الحال متعذر والشيء يثبت ثم يستند فكان على المحشي
اما يقتصر على قوله فيتنزل حيا تقديرا ليكون جوابا باختيار الاحتمال
الاول او يضم اليه قوله ويستند الحرية بالواو ليكون جوابا
باختيار الاحتمال الثالث هذا فلا بد في الجواب عما ذكره العلامة من ضم
الى ما ذكره الجد الفاضل بقوله فان قيل من اين يخرج الجواب عن قول
الشافعي يثبت ثم يستند قلنا الاداء ثابت في الحال فان اداء خلفه
كادائه ثم يستند الى ما قبل الموت وثبوت الحرية ليس بطريق الاستناد
فهذا جواب باختيار الشق الثاني من الترديد الخ ولا يخفى ما فيه ايضا
فانه يأباه اسناد الاستناد الى نفس الحرية في كلام المصنف قال

١٢٠ ولا يسري حكمه اليه ايضا لما قال الجد الفاضل رحمه الله تعالى فيه بحث وقال بعض
الاجلة الظاهر ان مراده بالبحث هو انه لو لم يسر حكم عقد الكتابة اليه
لما دخل في كتابة ابنه وقد صرح في اول فصل من باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله
انه اذا اشترى المكاتب اباه او ابنه دخل في كتابته وايضا لو لم يسر
حكمه اليه لما عتق عنده باداء بدل الكتابة حالا ولكنه ساقط بوجهيه
اما سقوط وجهه الاول فلان دخول ولد المشتري في كتابة ابيه
ليس لسراية حكم عقد الكتابة التي جرت بين المكاتب ومولاه اليه
بل لجعل المكاتب مكاتبا لولده باشترائه تحقيقا للصلة بقدر الامكان
كما ان الحر اذا اشترى ولده يصير معتقا له بالاشتراء واما سقوط
وجهه الثاني فلان عتق الولد المشتري عنده باداء بدل الكتابة
حالا ليس لاجل السراية ايضا بل لصيرورة المكاتب اذا كان بمنزلة
من مات عن وفاء وقد افصح عنه صاحب الكافي حيث قال وكان
ينبغي ان يباع بعد موته لفوات المتبوع ولكن اذا عجل صار كانه مات
عن وفاء انتهى اقول في كلا وجهي السقوط بحث اما في الاول
فلان كثيرا من المسائل يشهد بعدم كون ولد المكاتب مكاتبا لابيه
بل مكاتبا لمكاتب الاول وهو المولى منها انها ملك المكاتب ابنه او امته
ثم حاضت حيضة حيضها ثم عجز المكاتب لا يستبرئها المولى لكونها حال
صيرورة المكاتب في ملك المولى وهذا دليل على انها حين اشتراها المكاتب
دخلت في ملك المولى وصارت مكاتبة له مع المكاتب ومنها اذا اشترى
المكاتب اباه او ابنه ثم ابرأ المولى بائعه عن العيب ثم عجز المكاتب صح الابراء
ولو ابرأ عنه المكاتب لم يصح ابراؤه ومنها ان ولاء ولد المكاتب للسيد
فتامل واما في الثاني فلان كون المكاتب في الصورة المذكورة بمنزلة
من مات عن وفاء ليس الا لسراية العقد الجاري بين المكاتب والمولى
الى الولد الذي اشتراه المكاتب فانه لو لم يسر اليه العقد المذكور وكان الولد
اجنبيا محضا عن ذلك العقد لكان اداء الولد بمنزلة اداء الاجنبي الى الولد

الذي لم يدخل في ملك الكاتب ولا يخفى ان بادائهما لا يكون الكاتب بمنزلة
من مات عن وفاء فتامل ثم ان الفاضل الدهلوي اعترض على قول صاحب
الكافي ولكن اذا عجل صار كانه مات حيث قال يشكل بان المكاتب
اذا مات عن اداء اشتراه في كتابته فادى الاب مكاتبته بعد موته لا يقبل
منه مع ان الاب كان لابن المشتري **قال** وهذا بعد ما يكون الحال في الاب
كالابن فليس على ما ينبغي قال الاتقاني قال صدر الاسلام البزدوي
في شرح الكافي قال ابو حنيفة رضي الله عنه اذا جاء المولى بالمكاتبة
حال لا يقبل منه ويعتق وطريقه ان الولد اذا جاء ببدل الكتابة كيف
يكون الجواب ويكون الجواب في ذلك كله سواء انتهى **قال** وما ادى
المكاتب من الصدقات الى مولاه ثم عجز **اقول** الاحتياج الى بيان
كون تبدل الملك بمنزلة تبدل العين في بيان اباحة الطيب للمولى
في الصدقات التي اخذها المكاتب واداها اليه ثابت اليه
سواء عجز المكاتب ام لا فوجه عرض المسألة في صورة العجز تامل
قال وليس للمولى ان يمنع المكاتب عن التصرف في ملكه **اقول**
فيه بحث فانه ليس للمكاتب ان يتزوج الا باذن المولى ولا يهب
ولا يتصدق ولا يعتق عنده ولا يقرض فتامل **قال** وبالعجز
ينعكس ذلك **اقول** حمل الشارح معنى هذا الكلام على انه بالعجز
صار المغلوب غالبا والغالب مغلوبا كما هو المفهوم من السياق فلذلك
اعترض بمنع كون ذلك تبدلا ثم منع كون هذا التبدل بمنزلة تبدل
العين واستانف الجواب بثبوت ملك اليد للمولى فلا يرد عليه
ما ذكره بعض الاجلة بقوله هذا الذي ذكره في الحال غير الجواب
الذي اختاره جمهور الشراح **قال** وفيه نظر لانا لا نسلم
ان ذلك تبدل قال الحبر الفاضل نعم الله بهما انت خبير بان تبدل
ملك السيد لا يقبل المنع وكون مسئلة بمنزلة تبدل العين ايضا
كذلك **اقول** ليس مراد الشارح منع تبدل ملك اليد ولا منع كون اليد

بتجبانه

بمنزلة

بمنزلة تبدل العين كيف وقد سلم للاول حيث قال والحاصل يكون له ملك
يد قبل العجز وانما الذي منعه كون زوال المغلوبية عن ملك المغلوبية
عن ملك الرقبة تبدلا وكون ذلك بمنزلة تبدل العين على ما سبق منا
الاشارة اليه ثم ان الشارح العيني اعترض هنا على كلام صاحب
العناية حيث قال في الاول كلامه منع مجرد والثاني دعوى بلا برهان
انتهى اراد بالاول كلامه اعتراضه على الجواب المذكور بالمنع المذكور
واراد بالثاني قوله ولعل الاولى ان يقال الخ لانه اراد بالمنع
المنع الاول وبالثاني المنع الثاني كما توهمه بعض الاجلة حيث
قال واما قوله والثاني دعوى بلا برهان ففاسد اذ لا دعوى له
في الثاني بل هو ايضا منع محض كما ترى فلا يلزمه البرهان انتهى ثم ان
ذكر الفاضل الاجل قال والصواب في دفع ذلك ان يقال ان منع التبدل
مكابرة اذ لا شك ان الانعكاس يقتضي التبدل بل هو عين التبدل
وان منع كون مثل هذا التبدل بمنزلة تبدل العين ساقط لان كونه
بمنزلة تبدل العين انما هو في حكم الشرع دون الحقيقة وكونه
بمنزلة ذلك في حكم الشرع منصوص عليه من قبل اهل الشرع
فلا مجال المنع **اقول** فيه بحث اما اولا فانه قد سبق
منا الاشارة الى ان الشارح حمل معنى الانعكاس على كون ملك
الرقبة الثابت للمولى غالبا بعد ان كان مغلوبا والذي منعه
الشارح هو كون الانعكاس تبدل الملك ولا يخفى انه على منع ذلك
واما ثانيا فلان المنصوص عليه من قبل اهل الشرع ان تبدل الملك
بمنزلة تبدل العين لا ان هذا التبدل بعينه بمنزلته فيمكن ان يمنع
كون مرادهم من ذكر التبدل هذا التبدل للعين فتامل والله سبحانه
اعلم بالصواب **كتاب الولاء** اورد كتاب الولاء عقيب كتاب
المكاتب لانه من اثار زوال ملك الرقبة **اقول** هذا الوجه كما يكون
وجها لمناسبة كتاب الولاء بكتاب المكاتب كذلك يكون وجها

لتأخره عنه ايضا كما لا يخفى على الفطن المتأمل قوله وقد ساق
موجب ترتيب الابواب على النهج المتقدم اقول قد اشرنا آنفا
الى ما ذكره بقوله اورد كتاب الولاء كما وقع في غاية المرام من غير حاجة
الى تغيير الكلام فاعلم انه انما ضم اليه هذا القول لدفع ما
عسى ان يرد بالبال من ان المناسب ان يذكر الولاء عقيب كتاب
العتاق فان مناسبته به اشد واقوى من مناسبته بالمكاتبة
لان كتاب معقود لبيان العتاق الذي هو سبب الولاء وقد
ذكر فيه عدة من اسباب العتق كعتق البعض والعتق على مال
والتدبير والاستيلاد وحاصل الدفع انه ان كان كذلك الا انه
اثر من آثار الكتابة ايضا فلو ذكر الولاء عقيب كتاب العتاق
والحال ان الكتابة مذكورة ههنا للاسباب السابقة لكان يلزم
تقدم الاثر على المؤثر وذلك خلاف الموضوع لكنه يرد عليه
ان يقال اذا لوحظ الاسباب الموجبة لترتيب الكتب السابقة
يلزم عدم ذكر الولاء عقيب الكتابة مع قطع النظر عن كونه اثرا
للكتابة المذكورة ههنا لان للايمان مناسبة بالعتاق والمحلوف
مناسبة بالايمان الخ قال المص وسببه العتق على ملكه في الصحيح
لقائل ان يقول ان في بعض من المسائل يوجد العتق على ملكه ولا يثبت
الولاء وهي ما اذا ابتاع مستأمن عبدا مسلما وادخله دارهم
او استولوا عليه وادخلوه فيها فابق او اسلم عبد تحت حربي ثم جاءنا
او ظهرنا عليهم او خرج الى عسكر المسلمين والظاهر ان يكون
عدم الولاء فيها لعدم الاعتاق ان قلت ان السبب هو العتق
الحقيقي وانما لا يثبت الولاء في هذه الصور لكون العتق فيها
حكميا قلت الظاهر ان العتق في صورة الوراثة ايضا حكمي
فتامل قوله استدلالا بقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق
فان قلت فما جواب من ذهب الى ان السبب هو العتق عن هذا

الحديث الكريم قلت جوابهم هو ان المراد الولاء له بسبب العتق
لا بسبب الاعتاق فان فيها الاعتاق والعتق بدون العكس
كذا فهم من الشروح المتقدمة والذي يلوح بالبال والله اعلم
بحقيقة الحال هو ان المراد من قوله عليه السلام الولاء لمن
اعتق ان الولاء لمن صار سببا للعتق سواء صدر منه
الاعتاق او التدبير او الاستيلاد او شراء القريب او كان
لوجوده مدخلية فيه في الجملة كما في صورة الوراثة فانه
لو لم يكن الوارث للعتق لم يتخذ ذلك الشخص الذي هو ذو رحم
محرم للعبد المورث لمن حصل له العتق واطلاق العتق على سببه
امر شائع في قوله عليه السلام في حق ام الولد حين قال اعتقها
ولدها فيكون من قبيل عموم المجاز فعلى هذا لا يبعد ان يكون مراد من
ذهب من المشايخ الى سببية الاعتاق ما يعم الاعتاق بطريق التسبب
فيكون النزاع بين الفريقين لفظيا ويجوز ان يحمل على هذا المعنى
لفظ الاعتاق الواقع في عبارة الفاضل الشريف في شرحه على المواقف
حيث قال ولنا ان السبب هو الاعتاق لقوله عليه السلام الولاء
لمن اعتق الى اخر ما ذكره نقل الافاضل هناك بقوله ومن قال
ان السبب هو الاعتاق لقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق فقد اخطأ
في تعيين السبب لما عرفت فيما سبق ان السبب هو العتق ولم يصب
في الاستدلال عليه اذ لا دلالة في الحديث المذكور الا على ان لمن
اعتق ولاءه واما ان سبب الولاء هو الاعتاق او العتق فالحديث
ساكت عنه انتهى وفيه نظر فان ترتيب الحكم على المشتق يدل
على ان المشتق منه علة وسبب لذلك الحكم كما افصح عنه الشارح
فتبصر ثم ان بعض الاجلة نفى ما نقل عن الشراح المتقدمة تاويل
الحديث الكريم على الوجه المذكور قال وقال في البدائع اما سبب
ثبوته فالعتق سواء كان العتق حاصلا بصنعه وهو الاعتاق

او ما يجري مجراه كشراء القريب وقبول الهبة والصدقة والوصية
او بغير صنعه بان ورث قريبه الحق كله والاصل فيه قوله صلى الله
عليه وسلم الولاء لمن اعتق من غير فصل الى هنا لفظ البدائع اقول
كون الحديث المذكور اصلا في حق الصور المذكورة كلها محل نظر
فان في صورة ان كان العتق حاصلا بغير صنعه كما اذا ورث
قريبه لا يوجد الاعتاق فلا يندرج تحت قوله عليه السلام
الولاء لمن اعتق **اقول** لا يخفى عليك ما ذكره نقلا عن الشروح
من ان المراد من الحديث الكريم ان الولاء بسبب العتق بينه فهذا
السؤال ولا يبقى مجال القيل والقال ويمكن دفعه بوجه آخر
ايضا وهو ان يقال ان المراد من الاعتاق في الحديث الكريم
ما يتم الاعتاق الحكمي وذلك موجود في صورة عتق القريب بالوراثة
ايضا على ما اعترف به المعترض بنفسه فيما نقل عنه فيما سيجيء حيث
قال ويجوز ان يقولوا ان من ورث قريبه صار معتقا له حكما
وان لم يكن معتقا حقيقة فدخل تحت قوله عليه السلام الولاء لمن اعتق
اللهم الا ان يقال ان المفهوم من كلمات الشراح ومما ذكره نفسه
فيما نقل عنه هو امكان توجيه الحديث الكريم وحمله على معنى
يندفع به دلالته على سببية الاعتاق الحقيقي لحصول الجزم
بالدلائل الاخر كالاجماع ونحوه بان السبب هو العتق وان
الولاء ثابت في صورة ارث القريب ايضا لا ان يجعل هذا الحديث
الكريم دليلا على ثبوت الولاء في صورة شراء القريب كما هو مقتضى
كلام صاحب البدائع كيف وصرف الحديث عن معناه الظاهر وحمله
على ذلك المعنى موقوف على ثبوت الولاء في صورة شراء القريب
فلو استدل على ثبوت الولاء فيها بالحديث المحمول على ذلك المعنى
لكان فيه دور فتامل **قوله** والاضافة تدل على السببية اي على
سببية المضاف اليه للمضاف كما يقال في صلاة الظهر وصوم رمضان

وحج البيت وسببية المضاف للمضاف اليه كما في يوم الاضحى **قوله** كما عرف
في الاصول قال في التوضيح الاضافة تدل على الاختصاص فمطلقها
ينصرف الى الاختصاص الكامل الا ترى ان قوله المال لزيد ينصرف الى
الاختصاص بطريق الملك ولو لم يمكن ينصرف الى ما دونه واما الاضافة
بادنى ملابسة فمجاز والاختصاص الكامل في مثل قولنا صلاة الفجر انما
هو بالسببية فالمضاف في الامور التي ذكرناها من الاضافة وغيرها
كل واحد منها يوجب غلبة الظن بالسببية لكن مجموعها يفيد القطع
انتهى **قوله** وقوله والمعنى فيهما التناصر بيان لمفهومها الشرعي
اقول كيف يكون الولاء في الشرع على التناصر وقد جعل المص
في كتاب المعاقل الولاء سببا للتناصر حيث قال ومولى الموالاة يعقل
عنه مولاه وقبيلته لانه ولاء يتناصر به فاشبه ولاء العتاقة
قوله ومن يتناصر بشيء يعقله لان الغنم بالغرم قال بعض
الفضلاء في اوائل تقريره التعليل خلل لانه اعتبر الغنم في جانب
المولى يعني المعتق بالفتح والانتصار في جانب المولى يعني المعتق
بالكسر الى قوله واما عدم مطابقة التعليل المذكور اياه فلان المدعى
وجوب العقل الذي هو الغرم بالانتصار الذي هو الغنم والتعليل المذكور
انما يفيد عكس ذلك فالتعليل الموافق له عكس ذلك وهو الغرم بالغنم
اقول الحق في استخراج معنى المقام ما ذهب اليه هذا الفاضل
الا ان فيما ذكره بقوله واما عدم موافقة الدليل المذكور الخ بحثا
وهو انه يمكن تطبيق التعليل المذكور للمقام بان يراد بكون الغنم
بالغرم كون الغنم دائما مقارنا للغرم مستتبعا له ملابسا به
بحيث لا ينفك عنه فيصح الاستدلال به على ثبوت العقل بواسطة
ثبوت النصر فتامل **قوله** ولان الغنم بالغرم يخدم الوجهين قال
بعض الاجلة يريد بالوجهين العقل والارث ولكنه منظور فيه
اما اولا فلما نبهنا عليه فيما مر آنفا الى قوله على انا لو جعلنا قول المص

ولان الفتح بالهزم دليلا على الوجهين معا آل المعنى الى انه انما يقتله
لانه يرتد وانما يرتد لانه يقتله فادى الى الدور كما لا يخفى اقول
فيه بحث اما اولا فلما نبهنا عليه من امكان تطبيق الدليل المذكور
للمتن بحمل الباء على المقارنة واما ثانيا فلان قوله انا لو جعلنا
الخ سهو ظاهر فانه لا يلزم الدور المذكور الا اذا علل اولا عزم
المقاتل بفتح الاخر وثانيا فتح الاخر بعزم المقاتل وتقرير الشارح
ليس مبنيا عليه بل مبناه على تعليل عزم المقاتل اولا بعزم النصر
ثم تعليل فتح الاخر بعزم المقاتل الا يرى الى قوله فيما سبق
بحيث يفتح بنصره بعزم عظمه فليس هنا شائبة الدور نعم يرد
على الشارح ان يقال اذا علل عزم المقاتل فيما سبق بفتح النصر
لا يصح تعليل فتح الاخر هنا بعزم المقاتل فان الهزم لا يكون
سببا للفتح اذا كان ذلك الهزم مسببا عن فتح آخر فان معنى
كون الفتح بالهزم لا يكون سببا للفتح اذا كان ذلك الهزم سببا
عن فتح آخر فان معنى كون الفتح بالهزم ان الفتح بالهزم [illegible]
فاذا جعل الهزم المسبب عن الفتح سببا لفتح آخر يتسلسل الى غير
النهاية وفيه ما فيه قال لانه عتق على معنى الام مقصودا
اعترض عليه بعض الاجلة حيث قال يرى المخالفة بين ما ذكروا
هنا وبين ما ذكره المص في كتاب العتاق فانه قال هناك وان
اعتق حاملا عتق حملها تبعا لها اذ هو متصل بها اقول لا يخفى
عليك ان عتق الحمل في صورة اعتاق امها وهو في بطنها على سبيل
التبع من حيث ان الاعتاق اضيف الى ظاهر الام ولم يذكر الحمل
حال الاعتاق بل تضمن ذكرها ذكره وعلى سبيل القصد من حيث
انه ليس بطريق السراية من الام اليه كما في الولد المتعلق
بعد الاعتاق فهو مقصود من وجه وهذا ظاهر وانما الاشكال
في التوفيق بين ما ذكر هنا وبين ما ذكر في كتاب الذبائح حيث قال

ويعتق اي الحمل باعتاقها كي لا ينفصل عن الحرة ولد رقيق
انتهى فان الظاهر منه ان يكون عتق الحمل بطريق السراية لا بطريق
تناول اعتاق المولى اياه مقصودا نعم هنا شيء وهو انه قال [illegible]
في تقرير هذا المقام وانما يثبت الولاء للحمل مقصودا لان الحمل
لما كان ثابتا يوم اعتقت الام كان كسائر اجزائها لان الولاء ما
القارة في الام فهي تسري الى الاولاد انتهى ولا يخفى ما فيه فان
ذلك يقتضي ان يكون عتق الولد بطريق السراية من الام لا بطريق
القصد كيف والولد المولود من الحرة بعد سنتين من زمن الاعتاق
حر لما ذكره من السراية مع ان ولاءه ينتقل الى الاب اذا اعتق
لعدم كون اعتاق الولد مقصودا فليتأمل قال او ولدت
احدهما لاقل من ستة اشهر ايضا اذ لو تخلل بين ولادة الثاني
وولادة الاول ستة اشهر او اكثر لا يحكم بكونهما توأمين فلا يدل
على كون الولادة الاولى في ستة اشهر من وقت الاعتاق على ان
الثاني ايضا كان موجودا في البطن في تلك الحالة وقد اشار اليه
صاحب الدرر حيث قال كذا لو ولدت ولدين احدهما منه
وبينهما اقل من الاول انتهى ولم يتعرض له المص لظهوره فتامل
قوله اجيب بان الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا اقول
اعتبار القصد وعدمه ليس الا في انتقال الولاء من موالي الام الى موالي
الاب وعدم انتقاله ولا يخفى ان مخالفة صورة الموالاة لصورة
ولاء العتاقة فيما ذكر في نفس ثبوت الولاء حيث لا يثبت لموالي
الام بل يثبت لموالي الاب فالاولى ان يقال في تصوير المسألة [illegible]
اذا والت رجلا ثم بعد ذلك والى الزوج غيره كان ولاء الولد
لموالي الاب انتهى قوله فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت
الموت او الطلاق اقول لا بد من ان يكون مجيئها بالولد
لاقل من سنتين من وقت العتق ايضا كما لا يخفى على من لاحظ

بعض المقام فتدبر **قوله** واما في الرجعي فولاء الولد لموالي الاب
لتيقننا بعلوقه بعد اجعته ان قلت الظاهر من كلامه ان لا يكون
للزيادة على السنتين في حق هذا الحكم حد معين وان لا يختلف الحال
سواء قصر زمان الزيادة ام طال والذي يقتضيه القياس
ان لا يكون الحكم كذلك اذا جاءت به لثلث سنين مثلا لان العدة
مقدرة بثلث حيض والرجعة انما تكون لا في العدة ومدة العدة
لا تمتد الى سنة حتى يحتمل في صورة مجيئها بالولد لثلث سنين
من وقت الطلاق ان يكون العلوق في العدة قلت لا نسلم ان
مقتضى القياس ذلك بل يحتمل ان تمتد مدة العدة الى سنين كثيرة
لان بين كل حيضتين طهرا ولا حد لاكثر الطهر على ما ذكره المص
في باب الحيض فيمكن ان تكون المرأة ممتدة الطهر وقد افصح عن هذا
ابن الهمام حيث قال في باب العدة اما ثبوت ولد الرجعية اذا جاءت
به لاقل من سنتين فظاهر واما ثبوته اذا جاءت به لاكثر منهما
فلاحتمال العلوق في عدة الرجعي لانتفاء الحكم بزناها او بوطيها
بشبهة لجواز كونها ممتدة الطهر **قوله** بان كانت الامة امرأة مكاتب
فمات عن وفاء الظاهر انه لا غرض للمسئلة في هذه الصورة لانه
جعل قول المص بخلاف ما اذا اعتقت المعتدة عن موت الخ جوابا
عن نقض قوله فاذا صار اهلا وعاد الولاء اليه فانه يتجه عليه اشكال
وهو ان صيرورة الاب اهلا للولاء بالاعتاق بعد ثبوت الولاء
للام في صورة كون الام معتدة عن موت غير متصور لاستحالة
حصول العتق للميت فتصويرها في هذه الصورة اشارة الى جواب
ذلك الاشكال كانه قال يمكن ذلك بان يكون الزوج عبدا مكاتبا فمات
عن وفاء ثم اعتقت الزوجة ثم ادى ما ترك الكاتب عن وفاء الا انه
يتجه عليه ان حصول العتق في هذه الصورة من وقت تحقق الاداء
خلاف القول الصحيح الذي ذكره المص فيما سيجيء بقوله وارهات الجناة

وله

بكلمة من في الحديث هو العتق لا الرقيق لزم ان يحمل من في قوله عليه السلام
او كاتب من كاتبين على الكتابة المعتق فتامل **قوله** وصورته
امرأة اعتقت عبدا ثم ماتت عن ابن واب **اقول** لا فرق في هذا
الحكم بين ان يكون المعتق رجلا او امرأة فالشائع المشهور في امثاله
ان يصور المسئلة في صورة الرجال ويعلم حكم النسوان تبعا
ولعله اغتر من قول المص فيما سيجيء وكذا الولاء لابن المعتقة
حتى يرثه دون اخيها الا ان المص انما وضع تلك المسئلة في صورة
كون المعتق امرأة مع ان توريث الابن دون الاخ لا يختص
بها بناء على اختصاص قوله الا ان عقل جنايته المعتق على اخيها
بتلك الصورة فانه كما ترى معلل بكون الاخ من قوم المعتق
دون ابنها وذلك في صورة كون المعتق امرأة فان ابنها
لا ينتسب الى ابيها بل ينتسب الى ابيه كما قيل بنونا بنو ابنائنا وبناتنا
بنوهن ابناء الرجال الاباعد والعجب ان الحبر الفاضل لم يفرق
بين الصورتين فقال في قوله ولو ان امرأة اعتقت عبدا ثم
ماتت وتركت ابنها واخاها او رجل اعتق عبدا انتهى
كما قال في قوله وصورته امرأة اعتقت عبدا الخ وكذا الجواب
في رجل اعتق عبدا ثم مات انتهى هكذا ينبغي ان يلاحظ هذا المقام
لتنجلي الشبه والاوهام والحمد لله ولي الجود والانعام **قال**
لانه من قوم ابيها **اقول** الظاهر ان ضمير لانه راجع الى الاخ
والمعنى ان عقل جناية المعتق على اخيها لان الاخ من قوم ابيها
دون الابن وانما يعقل الجاني من هو من قوم ابيه والجاني
ههنا وان لم يكن المرأة نفسها الا ان جناية معتوقها في حكم جناية
نفسها فيعقل جناية المعتوق اخو المعتقة والى هذا ذهب الاتقاني
حيث قال لان الاخ من قوم ابيها والعجب ان الحبر الفاضل قال
ضمير لانه راجع الى المعتوق على صيغة المفعول **فصل**

في ولاء الموالاة **اقول** اخر هذا الولاء عن ولاء العتاقة
لان تعقيب كتاب المكاتب بكتاب الولاء مما هو لمناسبة
ولاء العتاقة فان الولاء الذي هو من اثار زوال ملك الرقبة
هو ذلك الولاء فلا بد من ان يذكر عقيب كتاب المكاتب ذكر ثم يذكر
ولاء الموالاة ولانه مؤخر في الحكم عن ولاء العتاقة على ما اتضح
عند الشارع في صدد عد شرائطه حيث قال والثانية ان لا يكون
له ولاء العتاقة هذا وقد قال بعض الاجلة اخذا من بعض
الكتب المتقدمة اخر ولاء العتاقة لان ولاء العتاقة اقوى
لانه غير قابل للتحول والانتقال في جميع الاحوال بخلاف ولاء الموالاة
فان للمولى الاسفل ان يتحول قبل العقد ولانه يوجد في ولاء العتاقة
الاحياء الحكمي ولا يوجد في ولاء الموالاة احياء اصلا
ولان ولاء العتاقة متفق عليه في انه سبب للارث وانه مقدم
على ذوي الارحام بخلاف ولاء الموالاة فان الشعبي لم يقل
بولاء الموالاة وقال لا ولاء الا ولاء العتاقة وبه اخذ
الشافعي ومالك ونحوهما انتهى **اقول** في كل واحد مما ذكره وجها
للتاخير بحث اما في الاول فلان النقل والتحويل كما في ولاء
الموالاة يوجد في ولاء العتاقة الا ترى ان عبد رجل اذا
تزوج بمعتقة رجل فولدت منه ولدا بعد ستة اشهر يكون
ولاء الولد لمولى الام ثم اذا اعتق الاب ينتقل ولاء الولد
ويتحول الى مولى الاب كما سبق فلم يصح قوله غير قابل للتحول
والانتقال في جميع الاحوال اذ يرد عليه سلب العموم وان اريد
سلب العموم فلا يرد ولاء الموالاة ايضا كذلك فانه
لا يقبل النقل والتحويل اذا عقل الاعلى على الاسفل على ما تقرر فيما علم
واما في الثاني فلان ما ذكره من انه لا يوجد في ولاء الموالاة
احياء اصلا غير مسلم بل الغالب ان يكون المولى الاعلى في هذا

العقد

وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضى ما عليه من ماله وحكم بعتقه في آخر جزء
من اجزاء حيوته انتهى كلامه ولي ان يقول فرضا لتصوير بان كانت
امرأة مكاتبة فماتت ولم تترك وفاء فسعى ولدها واتى في بدل الكتابة
فانه في تلك الصورة يحصل الحرية للمكاتبة المتوفاة في حال الاداء على ما
افصح عنه الامام برهان الدين في الفصل السابع من كتاب المكاتب
من محيطه حيث قال اذا مات المكاتب عن وفاء وادي مكاتبته
وحكم بحرية المكاتب في آخر جزء من اجزاء حيوته يحكم بحرية الولد
والوالدة في ذلك الوقت ايضا واذا مات لا عن وفاء وسعى
الولد والام في بدل الكتابة على نجوم المكاتب يحكم بحرية الولد
والام ونحن المكاتبة مقصورا على الحال فالحاصل في الوفاء
يستند العتق الى آخر جزء من اجزاء حيوته بل يقتصر على وقت
الاداء انتهى والحق الذي لا محيد عنه انه لا حاجة الى تكلف تصوير
المسئلة بهذه الصورة البعيدة اصلا اذ لا يرد ما تخيله
الشارح راسا كما لا يخفى على من نظر في كلام المصنف بعين الانصاف
ممن له عقل سليم وذهن صاف **قال** ومن تزوج من العجم بمعتقة
من العرب لا يخفى عليك ان المذكور في هذا المقام مسئلتان مختلفتان
فيهما خلاف ابي يوسف رحمه الله تعالى احديهما ترجيح ولاء عتاقة الام
في ولد العجمي مع كون ابيه حر الاصل على ذوي ارحامه لكون الاعجام
ضيعوا انسابهم والاخرى ترجيح ولاء عتاقة الام في ولد العجمي
ايضا على ولاء موالاة الاب لكون ولاء العتاقة اقوى من ولاء الموالاة
وصاحب الكنز والمصنف لم يصب في هذا المقام حيث اكتفى بذكر المسئلة
الثانية وذكر تعليل المسئلة الاولى حيث جانبهما تعليلا ولنا فقال
عجمي له مولى موالاة نكح معتقة فولدت ولدا فولاؤه لمولاها
عندهما وعند ابي يوسف حكمه حكم ابيه لان النسب الى الاب كما اذا
كان الاب عربيا بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لانه هالك معنى فهما

ان ولاء العتاقة قوي معتبر في حق الاحكام حتى اعتبر في الكفاءة
فيه والنسب في حق العجم ضعيف لتضييعهم انسابهم **قال** بخلاف
ما اذا كان الاب عبدا لانه هالك معنى يعني انه بمنزلة المعدوم بالنسبة
الى جانب الام التي هي حرة فاذا دار الامر بين اتباعه في حكم الولاء
لابيه الرقيق وبين اتباعه في ذلك الحكم لامه الحرة ترجح الثاني
على الاول فلا يرد ما ذكره بعض الاجلة بقوله ان كان المراد كون
العبد هالكا معنى انه في حكم الميت يرد عليه ان مجرد موت الاب
لا يمنع ثبوت الولاء لمواليه وان كان المراد انه في حكم
مجهول الابوة وان ولده في حكم مجهول النسب كما هو المتبادر
من قولهم فصار هذا الولد كانه لا اب له يتجه عليه انه يلزم
ان لا يرث من هذا الولد من ينتمي اليه بابيه العبد من الاقارب
الاحرار **قال** او كانت مكاتبة قال تاج الشريعة صورة
مكاتبة مكاتبة كاتبت بعد ما اعتق كاتبت عبدها وعتق ايضا
ومات الاول ثم الثاني وترك الثاني مكاتبته هذه فولاؤه
لها الخ **اقول** لا حاجة الى فرض ان يكون كتابة الاول للثاني
بعد عتقه لما سبق في كتاب المكاتب ان للمكاتب ان يكاتب عبده
وانه اذا ادى الثاني قبل عتق الاول يكون ولاؤه للمولى
ومن هذا قال في البداية وكذا لو كان المعتق مكاتبا كاتب عبدا
له من اكسابه فادى الاسفل اولا فعتق كان ولاؤه لها
وكذا اذا اديا جميعا الخ ولعل تاج الشريعة انما فرض المسئلة
في تلك الصورة ليوافق ما ذكره بقوله فان قلت هلا استعمل
في الحديث كلمة ما التي تستعمل في ذوات من لا يعقل قلت لان
المرقوق بمنزلة الميت على ما مر والميت جماد ونظيره قوله تعالى
والذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم الا ترى انه
بعد ما اعتقوا نصف بكلمة من الخ فانه انما ذهب الى ان من عبر عنه

بكلمة

المعتق من اسفل الاسفل على يديه ولا يخفى ان تلقين الاسلام
وحمله عليه احياء له كالاعتاق بل اكثر يرشد الى هذا ما ذكره
الامام السرخسي في مبحث ولاء الموالاة من محيطه حيث قال
اما شرعيته فلقوله عليه السلام لمن اسلم على يدي
رجل الحديث ولان الهداية الى الاسلام والدعاء اليه
وحمله عليه احياء له دينا ودنيا وهو الفوز والنجاة في الآخرة
وخلوصه عن ذل الاسترقاق وصيرورته محقون الدم مصون
المال في الدنيا وكان الاحياء في هذا اكثر من الاحياء في الاعتاق
ولهذا قال الله تعالى ومن كان ميتا فاحييناه انتهى فتدبر واما
في الثالث فلان كون الشيء مختلفا فيه ربما يكون سببا له
للتفحص استتماما فتبصر **قوله** احدهما ان يكون مجهول النسب
بان لا ينسب الى غيره انتهى قد ذكر هذا الشرط في اكثر المعتبرات
الا انه ذكرت في المعتبرات ايضا مسائل تدل على ثبوته فيمن
علم ابوه ايضا منها ما سبق من ان الحربي اذا والى رجلا
والزوج والى غيره كان ولاء الولد لموالي الاب ومنها ما ذكره
المصنف بقوله وكذا لا يتحول ولده وكذا اذا عقد عن ولده ومنها
ما ذكر في المحيط البرهاني حيث قيل فيه اذا اسلم الرجل على يدي
رجل ووالاه وله ابن كبير اسلم الابن على يدي رجل آخر
ووالاه ايضا فولاء كل واحد منهما للذي والاه لان كل واحد
منهما اكتسب سبب الولاء فهو كاب وابن اعتق الاب رجل
واعتق الابن رجل آخر الى غير ذلك فالوجه في التوفيق ان المراد
من كونه مجهول النسب ان لا يكون له وارث حال موته اذ لو كان
لكان المال له فلا يظهر حكم الموالاة فكانه كنى بجهالة النسب
عن عدم الوارث لمناسبتها من عدم اللزوم ولا ريب في ان
المراد من كون ولاء الاب للذي والاه وكذا ولاء الابن

للذي والاه انه اذا مات الابن اولا ثم مات الاب ولم يخلف وارثا يكون ولاء الاب للذي والاه وكذا اذا مات الاب ثم مات ولم يخلف وارثا يكون ولاء الابن للذي والاه فيتحقق التلفيق بحمد الله وولي التوفيق وبه يندفع ما اورده الحبر الفاضل بقوله صرح وابا ان للابن ان يعقد الموالاة او يتحول الى موالاة الحر غير موالي الاب اذا لم يعقل المولى عن ابيه فهنا لا بد فيه **قال** اما نسبة عنده اليه فيه مانع **اقول** فيه بحث لانه اذا كان له والدا وولد لا يصح عقد الموالاة لكونهم اولى بميراثه من غيرهم فينبغي ان يذكر هذا في الشرط الثاني كما كان له وجه فان الشرط لا يكون له ولاء عتاقة فانه وارث مقدم على مولى الموالاة لا ان يكون هو مولى عتاقة لآخر فان الاصل لا يرث بولاء العتاقة حتى يكون مانعا لعقد الموالاة **قوله** والثالث ان لا يكون عربيا قال الحبر الفاضل رحمه الله فيه ان الشرط الاول يغني عن هذا وحذفه بعض الاجلة حذوه **اقول** فيه بحث فان معنى كون انساب العرب محفوظة انه اذا ظهر لاحدهم من اولادهم نسب يحفظونه ولا يضيعونه واما اذا وجد ولد في المفازة او ظهر كونه مولودا من السفاح فلا يخفى انه مجهول النسب شرعا سواء كان من العرب او لا وفيه ثم ان بعض الاجلة اعترض ههنا على الشارح بوجوه حيث قال ان اريد حصر الشرائط في هذه الثلث كما هو المتبادر من ذكر العدد في امثال هذا المقام فليس بصحيح اذ من شرائطه ايضا شرط الارث كما صرح به المصنف حيث قال ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب الى قوله وان لم يرد حصر شرائطه في هذه الثلث يكون تخصيص هذه الثلث بالذكر خاليا عن الفائدة ويكون ذكر العدد

عبثا ولا يكون للسؤال والجواب اللذين ذكرهما صاحب العناية متصلا بذلك كما ستعرفهما وجدا **اقول** فيه بحث فان المصنف اشار الى وجوب اشتراط الارث والعقل فيما تقدم عند تصوير عقد الموالاة وتفسيره فكانه جعل ذكر العقل والارث عناية الركن ولا يخفى ان مراد الشارح من بيان شرائطه بعد بيان تفسيره وبيان الشرائط التي لم يقع التعرض لها في التفسير فلا يكون للاعتراض المذكور وجه ويكون ما ذكره الشارح من السؤال والجواب وجه ظاهر اذ ان ما ذكره في السؤال الى الشرائط التي لم يوجد التعرض لها لا في التفسير ولا بعده **قوله** فان قيل من شرط العقد عقل الاعلى وحريته قال الحبر الفاضل رحمه الله فيه بحث فان العقل والحرية ايضا يحتاج اليها في كل واحد من الصور **اقول** تعليق هذا السؤال على هذا القول سهو من الناقل والصواب تعليقه على الجواب كما لا يخفى على اولي الالباب **قوله** اجيب بان المذكورة انما هي الشرائط العامة المحتاج اليها في كل واحدة من الصور **اقول** الاظهر في الجواب ان يقال ان ما ذكر من العقل والحرية من الشرائط العامة التي تشترط لاكثر العقود كالبيع والاجارة والنكاح وغيرها والكلام ههنا في شرائطه المختصة التي لا توجد في غيرها وهذا جواب ظاهر ثم ان بعض الاجلة اعترض على هذا الجواب حيث قال لا صحة لهذا الجواب فان عقل الاعلى وحريته ايضا من الشرائط العامة المحتاج اليها في كل واحد من صور الموالاة اذ لا شك ان عقد الموالاة لا يصح بدون عقل المتعاقدين في شيء من الصور الى قوله فلا معنى لقولكم واما ما ذكرتم فانما هو نادر **اقول** لا يخفى على ذي مسكة ان المجيب معترف بان عقل الاعلى وحريته من الشرائط التي يجب تحققها في كل صورة الا انه بقوله بيان الشرائط وذكرها للاحتراز عن الصور التي

طبي

لا يتحقق فيها ذلك في التعامل وصورته ان يوالي الرجل صبيا
او عبدا امر نادر الوقوع لا يكاد يوجد ويتحقق في المعاملات
فلم تكن الحاجة ماسة الى الاحتراز عنه هذا هو الوجه
الذي نظر اليه المجيب وان كان لا يخلو عن الكلام ثم قال
بعض الاجلة لا وجه لترك ذكر البلوغ في اثناء تقرير السؤال
فانه من شرط عقد الموالاة كالعقل والحرية نص عليه في المبسوط
ثم اقول انما ترك ذكره لوقوع الاشارة اليه في تفسير عقد الموالاة
وتصويره حيث قال ان يتقدم رجل ويسلم على يدي رجل فان
الرجل مخصوص بالبالغ على ما حققوه في تفسير قوله تعالى ما كان
محمد ابا احد من رجالكم الآية قال ولا بد من شرط الارث والعقل
كما ذكر في الكتاب قال الاتقاني قال الحاكم الشهيد في مختصر
الكافي قال ابرهيم النخعي رحمه الله تعالى اذا اسلم الرجل على يدي
رجل ووالاه فانه يرثه ويعقل عنه وله ان يتحول بولائه الى غيره
ما لم يعقل عنه فاذا عقل عنه لم يكن له ان يتحول الى غيره وهذا
قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى هذا لفظ
الحاكم بعينه وهذا يدل على ان شرط الارث ليس بموقوف
عليه صحة الموالاة بل مجرد العقد كاف بان يقول واليتك
والآخر قبلت لان الحاكم لم يذكر الارث والعقل شرطا لصحة
الموالاة بل جعلهما حكمها بعد صحتها فافهم ويدل على ما قلنا
قول القدوري ايضا في مختصره واسلم على يد غيره ووالاه
يوضحه قول صاحب التحفة وتفسير عقد الموالاة ان حربي اسلم
على يدي رجل وقال له انت مولاي ترثني اذا مت
وتعقل عني اذا جنيت وقال الآخر قبلت فينعقد بينهما
عقد الموالاة وكذلك اذا قال والعكس وقال الآخر قبلت
فينعقد بينهما عقد الموالاة الخ اقول ان اراد الاتقاني

من

من ذكر هذه النقول ان ذكر شرط الارث والعقل غير لازم اصلا
لا صراحة ولا ضمنا فغير مسلم لما اشار اليه المص من انه لا التزام
وهو بالشرط وليس فيما ذكره من النقول دلالة عليه اما في كلام
الحاكم الشهيد فلانه يجوز ان يكون الموالاة اسما متضمنا لشرط
الارث والعقل بان يكون هذا الاجمال موضوعا بازاء ذلك
التفصيل فيكون معنى قوله ووالاه انه عقد معه عقد الولاء
الذي يذكر فيه شرط الارث والعقل وكذا كلام صاحب التحفة
فانه قال وكذلك اذا قال والعكس وقال الآخر قبلت ولا دلالة
فيه على عدم اشتراط ذكر شرط الارث والعقل ضمنا لما ذكرنا
من جواز ان يكون الموالاة اسما للعقد المتضمن لذكرهما فيكون
قول العاقد والعكس عقدت معك عقد الولاء الذي هو عبارة
عن كيت وكيت فيكون العقد المذكور مذكورا ضمنا وتحقيق ذلك
ان لكل عقد من العقود تفصيلا وهو الاتيان بما يتضمنه من الاركان
والشرائط واجمالا وهو اسم لذلك التفصيل وينعقد العقد بذكر
كل واحد منهما كالكتابة مثلا فانه على ما نص عليه صاحب العناية
ينعقد بان يقول المولى لعبده على الاجمال كاتبتك على كذا ويقول العبد
قبلت وينعقد بان يقول جعلت عليك الفا تؤديها الي نجوما
اول نجم كذا وآخره كذا فان اديتها فانت حر وان عجزت
فانت رقيق انتهى ولا يذهب على ذي مسكة ان انعقادها
بالاجمال المذكور لا يدل على عدم تضمنها على ما ذكر في التفصيل من الامور
المتعددة بل يدل على ان ذكر الاجمال متضمن لذكر التفصيل كما ذكر
واما في كلام القدوري فعلى ما بحث فيه ما ذكرنا من ان قوله ووالاه
متضمن لذكر ذلك الشرط ويمكن الجواب عنه بوجه آخر وهو ان المراد
منه مجرد بيان عدم اشتراط الاسلام على يد المولى فعدم ذكر الاشتراط
ههنا لا يدل على عدم الاشتراط اصلا وان اراد انه لا يجب ذكر الشرط

المذكور صراحة مع الاعتراف بوجوب ذكره ضمنا بذكر لفظ الموالاة قلنا
ليس في كلام المصنف ما يدل على وجوب ذكره الصريح وانما مراده من قوله
ولا بد من شرط الارث والعقل بيان وجوب ذكره العام من الصريح
والدلالة والعجب ان بعض الاجلة ظن وجوب ذكر الشرط المذكور
صراحة حيث ذهب الى ان معنى قول صاحب التحفة ولكن اذا قال
والمنكر ان يقول ذلك بدل قوله انت مولاي بان يذكر بعد ما ذكر بعد
ذلك اللفظ من قوله ترثني اذا مت وتعقل عني اذا جنيت وقد عرفت
ان الامر ليس كذلك فتدبر **قوله** فانه اورد عليه ان سبب اشتراط حضرة
الوكيل في حق العزل حكم عام لجميع صور الوكالة وما ذكره من السبب
لا يجري الا في صورة الوكالة بالشراء مثلا ولا بد للاشتراط المذكور
في سائر الصور كالطلاق والعتاق ونحوهما من سبب وقد اشار
المصنف الى ذلك ايضا في باب عزل الوكيل حيث قال لان في العزل
اضرارا به من ابطال ولايته او من حيث رجوع الحقوق اليه
فقال صاحب العناية في شرحه لان الوكيل يتصرف باعتقاد ان له
ولاية التصرف وفي العزل من غير علمه تكذيب له فيما ادعاه بطلان
ولايته وضرر التكذيب ظاهر الخ فالقصر على السبب المذكور في الايراد
المزبور قصور كما لا يخفى ثم لا يبعد ان يقال ان ضرر التكذيب ههنا
محتمل ايضا لانه لو لم يشترط في فسخ العقد علم كل واحد من العاقدين
ربما يقول كل منهما انك مولى بالموالاة ثم يظهر انه لم يكن له ذلك
لفسخ الآخر فيظهر كذبه فيتضرر به وفيه ما فيه فليتأمل **قوله** اجيب بان
سبب الاشتراط ههنا هو السبب هناك وهو دفع الضرر فان العقد
بينهما وفي تفرد احدهما الزام الفسخ على الآخر بدون علمه الخ يعني
ان العقد قد وقع باتفاقهما فاذا انفرد كل واحد منهما على فسخه من غير علم
من الآخر يكون فيه اهدار له عن حيز الاعتبار واسقاط عن درجة
الاعتداد بخلاف ما اذا توقف ذلك على علمه وان لم يتوقف على رضاه

فانه

فانه يحصل له به نوع جبر من حيث توقفه على علمه وعدم استبداد
الآخر واستقلاله فيه وهذا امر ظاهر لا يخفى على من له ذوق
سليم وطبع مستقيم وان غفل عنه بعض الاجلة حيث قال وفيه ان
عدم علم الآخر بتلك الالزام في كونه ضررا فغير ظاهر اذ على
تقدير علم الآخر به ليس له قدرة على دفع ذلك عن نفسه
لاستقلال كل واحد منهما في فسخ العقد عند علم الآخر بلا ريب الخ
كتاب الاكراه **قوله** يعني ان كتاب الولاء انما عقب
بكتاب الاكراه لمناسبة الاكراه بالموالاة المذكورة في آخر كتاب
الولاء ومثل ذلك جائز ولا يجب في امر التعقيب ان يكون المذكور ثانيا
مناسبا لجميع ما ذكر اولا الا يرى ان كتاب الدعوى ذكر عقيب كتاب
الوكالة لمناسبته بباب الوكالة بالخصومة وكذا ذكر احياء
الموات عقيب كتاب الاشربة لمناسبته بمسائل الشرب الخ غير ذكر
نعم كان يمكن ان توجد تلك المناسبة بين الاكراه وولاء العتاقة
ايضا فان اكل مال المعتق كان حراما على المعتق قبل موته وبالموت
تغير الى الحل الا انهم نظروا الى ان التغير المذكور في الموالاة
والاكراه بسبب فعل صادر عن المكلف بخلافه في ولاء العتاقة
فانه قد حصل بالموت والارث ثم انه اعاد ذكر الشارح هذا الوجه
بصيغة التمريض اشارة الى انه لا يقبله الاذهان ولا يرتضيه
اصحاب الاذعان وكذا كل ما قيل في وجه المناسبة في هذا المقام
مما لا يصلح ان يعول عليه ارباب الافهام **قال المصنف** فينتفي به
رضاه او يفسد به اختياره **اقول** الرضا بالشيء هو ايثاره
واستحسانه والاختيار هو القصد الى الشيء وارادته على ما نص
عليه الفاضل التفتازاني في مبحث الهزل من التلويح يعني ينتفي
في جميع انواع الاكراه الرضا به او يصل الى درجة افساد الاختيار
فليس على كلام المصنف في هذا المقام غبار ولله در الحبر الفاضل

حيث حقق المقام على وجه يضمحل به دياجير الاوهام والعجب ان
الشارح اشتبه عليه الشؤون واختلط به الظنون فاني في تحقيق
كلام المص عما تردد به العقول وتحير اذهان الفحول ثم ان هذا
التوجيه الذي اشرنا اليه جار بعينه في كلام صاحب الوقاية
فليس في كلامه جعل قسيم الشيء قسيما له كما لا يخفى على اولي الافهام
وان غفل عنه صاحب درر الاحكام ثم ان المص لما ذكر الانتفاء
في الرضا والفساد في الاختيار اشارة الى ان الرضا ينتفي ويزول
بالكلية بخلاف الاختيار فان الاكراه لا ينافيه على ما اوضح عند علماء
الاصول حيث قالوا فيكون معدما للرضا لا للاختيار اذ الفعل يصدر
عنه باختياره لكنه قد يفسد الاختيار بان يجعله مستندا الى اختيار
وقد لا يفسد بان يبقى الفاعل مستقلا في قصده وحقيقة الاختيار
هو القصد الى مقدور متردد بين الوجود والعدم بترجيح احد
جانبيه على الآخر فان استقل الفاعل في قصده فصحيح والا ففاسد
الخ قوله فذكر انواع الاكراه الثلثة اقول تفسير ما ذكره المص
في هذا المقام للنوع الثالث من الاكراه وهو الذي لا يفوت به
الرضا ولا يفسد به الاختيار غير صحيح لا يخفى ان المقصود بالبيان
في الكتب الشرعية احوال الاكراه الذي ترتب عليه الحكم الشرعي
بل لان المص استدل ههنا بالكلام المذكور على ان حكم الاكراه
يثبت اذا حصل من القادر فخرج الاكراه الذي لا حكم له اصلا
في الدليل مما لا صحة له اصلا قال مع بقاء اهليته قلت بدليل ان
المكره عليه اما فرض على المكره على شرب الخمر بالقتل او مباح كما اذا اكره
على الافطار في نهار رمضان او رخصة كما اذا اكره على اجراء كلمة الكفر
على اللسان مطمئنا قلبه بالايمان او حرام كما اذا اكره على قتل مسلم
وكل ذلك من آثار الخطاب المقتضي للاهلية ثم انه لا يبعد ان يكون
ذكر بقاء الاهلية ههنا توطئة لما سنذكره من قبلنا في المسئلة الخلافية

فيها

فيها بيننا وبين زفر حيث قال ولنا ان ركن البيع صدر من اهله مضافا
الى محله قال وذلك انما يكون من القادر اقول المفهوم من هذا
الكلام ان يكون قدرة اشتراط قدرة الحامل على ايقاع ما توعد به
ولذا نزل لتوقف خوف المكره عليه فلا يكون كل من خوف المكره وقدرة
المكره شرطا مستقلا كما يفيده قوله كما يشترط قدرة المكره لتحقق
الاكراه يشترط خوف المكره وقوع ما يهدد به بل يكون الشرط
خوف المكره ولما كان الخوف امرا قلبيا لا يوقف عليه يقام دليله
الظاهر وهو قدرة المكره مقامه تيسيرا للامر كما اقيم السفر
مقام المشقة في حق قصر الصلوة واستعمال الآلة الجارحة
مقام القصد بالقتل وفي مثال ذلك يكتفي بذكر الدليل اللهم الا ان يقال
لا نم ان مجرد قدرة المكره مما يصلح ان يجعل دليلا على خوف المكره
ومدار الحكم عليه لجواز ان لا يخاف المكره لفهمه ان المكره انما يكون
ذلك له هزلا لا جدا فلا بد من اشتراط الخوف ايضا صريحا فتامل
قوله فاذا حصل شرائطه ان قيل ان له شرطين على ما ذكره
هذا الشارح نفسه وهما حصوله عن قادر وخوف المكره وقوعه
فما وجه ذكرها بصيغة الجمع قلت ان له اربعة شروط على ما ذكر
في المعتبرات منها غاية البيان نهاية الامر ان الشارح ذكر
ههنا اثنين اقتفاء لاثر المص فتامل قال فباع او اشترى
يعني او اقر او آجر وانما سكت عن ذكرهما اعتمادا على الظهور
قال لان من شرط صحة هذه العقود التراضي الظاهر ان يكون
هذا دليلا على فساد البيع والشراء والاجارة ويكون دليل فساد
الاقرار مذكورا بقوله فيما سياتي وكذا الاقرار حجة لترجح جنبة
الصدق فيه لان المفهوم مما ذكره الاتقاني ان يكون هذا دليلا
على فساد الامور الاربعة كلها ويكون قوله قال الله تعالى الا ان تكون
تجارة عن تراض منكم دليلا على اشتراط التراضي في البيع والاجارة

وقوله وكذا الاقرار يحتمل دليلا على اشتراط التراضي في الاقرار فانه
قال لان هذه العقود اعني البيع والشرا والاقرار فانه قال
لان هذه العقود اعني البيع والشرا والاقرار والاجارة
تتوقف صحتها على الرضا اما البيع والاجارة فلقوله تعالى الا ان
تكون فيكون قوله وكذا الاقرار عطفا على قوله تعالى الا ان تكون
كل منهما دليلا على المقدمة المذكورة في الدليل ولكن لا يخفى ما فيه
فان الاقرار ليس من العقود ولا حاجة الى اعتبار التغليب فالظاهر
ما ذكرناه انفا فتامل والعجب ان الفاضل المذكور بعدما جعل قول المص
لان من شرط صحة هذه العقود التراضي دليلا على فساد الاقرار
ايضا بالاكراه وجعل قوله وكذا الاقرار دليلا على كون التراضي
شرطا للاقرار على ما ذكرناه قال في شرح قوله وكذا الاقرار
اعاذكر حتى يتبين ان الاقرار بالاكراه يفسد كالبيع بالاكراه
ولا يذهب على ذي مسكة ان فساد الاقرار بالاكراه على ما فهم
من فاتحة كلامه يكون مفهوما من صدر كلام المص ويكون
القول المذكور لتبيين وجه اشتراط التراضي في الاقرار فتبصر
قال او بالحبس يعني كان يدا بقربيه تعسد الضرب بالمشقة وبقرينة
ما ذكره فيما سيجيء بقوله بخلاف ما اذا اكره بضرب سوط او حبس
يوم ثم ان المراد بهذا حبس المكره بنفسه واما حبس والده وولده
فالمفهوم مما فعله الامام البزدوي من جعله مثالا للاكراه الذي
لا يعدم الرضا انه لا حكم له اصلا الا انه مبني على القياس
وفي الاستحسان قد ثبت به حكم الاكراه قال الفاضل الفناري
في فصول البدائع الاكراه حمل القادر الاخر على فعل او قول ضد
اما كامل ويسمى ملجئا بتلف نفس او عضو واما قاصر غير ملجئ
بحبس وقيد مديد او ضرب شديد قياسا ويقتصر حبس الاب
او الابن او كل ذي رحم استحسانا لان الباري يختار حبسه
على

على حبس ابيه **قال** لان من شرط صحة هذه العقود التراضي قال
الدهلوي اي التراضي بالسبب لا بالحكم لانه ليس شرط لصحة
العقد فان البيع بشرط الخيار جائز مع انعدام التراضي في الحكم
اقول لو كان شرط صحة البيع مجرد التراضي بالسبب لا بالحكم
لكان بيع الهازل صحيحا لوجود التراضي بالسبب فقد صرحوا
بانه فاسد ولا يخفى ان فساده ليس الا للهزل وعدم الرضا بالحكم
فتامل وما ذكره من جواز البيع بخيار الشرط مع عدم التراضي فيه
بالحكم لا يدل على مراده لانه ثابت بالنص على خلاف القياس كما تقرر
في موضعه على ان انعدام الرضا فيه بالكلية في حيز المنع نهاية الامر
ان فيه ترددا **قال** وعند الاكراه يحتمل انه يكذب لدفع المضرة
اقول اصاب رحمه الله تعالى في العدول عن تعليل فساد الاقرار
في صورة الاكراه بما وقع في بعض الكتب من دلالة الاكراه على الكذب
كما في التنقيح حيث قال فيه وكذا الاقارير كلها لقيام الدليل على عدم
المخبر به انتهى وانما قلنا انه اصاب فانه يرد على ذلك ان يقال
الاكراه يعارضه ان الصدق هو الاصل في المؤمن ووجود المخبر به
هو المفهوم من الكلام فلا يقوم دليلا على عدم المخبر به نهاية الامر
ان الاكراه يعارض دلالة الصدق فيحتمل الكذب ايضا فلا يبقى ترجيح
لاحد الطرفين ولا يثبت الحقوق بالشك وما ذكره المص اشارة
الى هذا وعما ذكرنا ظهر ان لا يخرج عما ذكرنا قال في تفصيل معنى الخفا
وترجيح معنى الكذب عند الاكراه لان الظاهر انه افك كاذب دفعا
للشر لا اظهارا للكائن فتامل **قال** ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها
يثبت به الملك عندنا **اقول** لا عبرة بمفهوم قيد الاكراه في الموضعين
وان كان المفهوم معتبرا في الروايات لان المراد تعيين محل الخلاف
فتامل **قال** والفساد لفقد شرطه وهو التراضي اعترض عليه
فقيل فيه بحث لان الاكراه يعدم التراضي في السبب والحكم

جميعا اولى **اقول** جوابه ظاهر من ان يخفى فان في كل من البيع بشرط
الخيار والهزل انتفى اختيار الحكم بالكلية وان وجد التراضي
بالسبب ولذلك امتنع ثبوت الملك فيهما ولو بعد القبض وفي الاكراه
لم ينتف اختيار الحكم بل فسد اذ قد عرفت فيما سبق آنفا ان الاكراه
وان كان ملجئا لا يعدم الاختيار بل يفسده وانت خبير بان
المكره انما يكره على سبب يترتب عليه حكم فيصدر عن المكره باختيار
السبب والحكم اختيارا فاسدا فلذلك يثبت فيه الملك عند التاكيد
بالقبض ويرشدك الى ما ذكرنا ما ذكره الفاضل التفتازاني في مبحث
الاكراه من التلويح حيث قال ان الاكراه دون الهزل وخيار الشرط
في منع نفاذ التصرفات لان كمال النفاذ بتحقق اختيار السبب
والحكم والرضا بهما جميعا ففي كل من الهزل وخيار الشرط قد انتفى
الاختيار والرضا في جانب الحكم وان وجدا في جانب السبب
وفي الاكراه لم ينتف الاختيار في السبب ولا في الحكم لكنه فسد
والفاسد ثابت من وجه دون وجه والعدم من كل وجه فانتفاء
شرائط كمال النفاذ في الاكراه اقل فهو بالقبول اجدر والنفاذ
فيه اظهر انتهى فليس في حكم هذه المسئلة اشكال اصلا وبهذا
ظهر الجواب عما اورده على تفسير صاحب النهاية للشرط بشرط الجواز
بقوله لا نسلم انه اي الرضا شرط للجواز بل هو شرط افادة
الملك الا ترى ان التراضي لما فات في بيع الهازل والبيع بشرط
الخيار والبيع الموقوف لم يثبت الملك فعلم ان التراضي شرط
ثبوت الحكم انتهى حيث ظهر ان عدم الملك في تلك الصور لعدم الاختيار
بالحكم لا لعدم الرضا ثم قال المعترض المذكور وايضا السبب
انما يفيد الحكم اذا تم بنفسه وهذا السبب لا يتم بدون التراضي
فلا يفيد الحكم الا ترى ان خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه
وعلله المص بقوله لان تمام هذا السبب بالتراضي فلا يتم

مع

مع الخيار وفيه اشارة الى ما قلنا **اقول** جوابه ايضا ظاهر فان
عدم تمام السبب بدون التراضي مما لا نشك فيه الا ان الكلام
في ذلك النقصان الناشي من عدم الرضا هل يؤثر في عدم ثبوت حكم
ذلك العقد الناقص بمجرد ذلك العقد او يؤثر في عدم ثبوته عند تاكده
بالقبض ايضا ونحن نقول ان تاثير عدم الرضا في الاول حتى لو باع
مكرها او هازلا او بشرط الخيار لا يثبت الملك للمشتري كما هو مقتضى
العقد الصحيح التام النافذ وان لا كلام في هذا الحكم على سواء
واما عدم ثبوت الملك به بعد تاكده بالقبض ايضا فانما هو عند انعدام
اختيار الحكم ايضا حتى لو باع مكرها وسلم مكرها يثبت الملك فيه
للمشتري لتحقق الاختيار الفاسد ولو باع بشرط الخيار او
هازلا وسلم لا يثبت الملك لعدم تحقق الاختيار فلا غبار فيما
ذكره المص على ما فصلناه في الجواب عن اعتراضه الاول ويفصح عما
ذكرنا ما ذكره الفاضل التفتازاني في مبحث الهزل في شرح قول
صاحب التنقيح وان اتفقا على بناء العقد على المواضعة صار كخيار
الشرط لهما مؤبدا لوجود الرضا بالمباشرة لا بالحكم فيفسد العقد
لكن لا يملك بالقبض لعدم الرضا بالحكم انتهى حيث قالوا لو قال
لعدم اختيار الحكم لكان اولى لان المانع لانعقاد عن الملك
لا عدم الرضا كالمشتري من المكره فانه يملك بالقبض لوجود الاختيار
وان لم يوجد الرضا انتهى ثم ان المعترض المذكور اشار الى الجواب
عما اورده نفسه حيث قال وجوابه ما ذكر في خيار الشرط فلا نفيد
نعم يشكل بيع الهازل حتى لا يثبت به الملك عند القبض ايضا
انتهى واراد بالجواب المذكور ما ذكره هناك بقوله اجيب بالتزام
ان بيع المكره ايضا غير تام لفوات الرضا غير ان عدم الرضا
لما كان في بيع المكره باعتبار امر خارج لا بنقص قائم في العقد
اثر في انعدام وصف الحكم وهو الصحة ولم يؤثر في اصل الحكم

الصحيح م

وفي البيع بشرط الخيار عدم المراضاة بنص قائم في العقد فيكون اقوى
من الاول فيؤثر في اصل الحكم وازداد اشكال صورة الهزل بعد
ذلك الجواب ان في تلك الصورة لا يجب ان تجري المواضعة في نفس العقد
على ما افصح عنه صاحب التلويح حيث قال لا يجب ان تجري المواضعة
في نفس العقد لانه يفوت المقصود من المواضعة وهو ان يعتقد
الناس لزوم العقد بخلاف خيار الشرط فانه لدفع الغبن ومنع
الحكم عن الثبوت فلا بد في اتصاله بالعقد اقول لو اكتفى
في الفرق بكون عدم الرضا في البيع بشرط الخيار بتنصيص وتصريح
من قبل العاقد من غير تقييد ذلك بكونه في العقد لكان يندفع الاشكال
ببيع الهازل ايضا فتامل قال فصار كسائر الشروط المفسدة
اعترض عليه فقيل فيه يقال لو كان كسائر الشروط المفسدة
لما اخذوا التراضي في تعريف البيع كما لم يؤخذ السلامة عن سائر
الشروط وقد اخذوا التراضي في تعريفه ففسروه بمبادلة
المال بالمال بالتراضي فعلم ان التراضي شرط تمام العقد وافادة
الملك لا شرط جواز العقد اقول لا نم ان ما ذكره في التعريف لاجل ان
بينه وبين سائر شروط الصحة فرقا من جهة الحكم ولذا لم يذكره
المصنف في مفتتح باب البيع الفاسد حيث قال البيع بالميتة والدم
باطل وكذا بالحر لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال نعم
ذكر بعض الفقهاء قيد التراضي في تعريفه لكن الظاهر انه لم يذكره
الا للتنبيه على اشتراطه بالنص الكريم ونظرا الى ان بيع المكره ولو كان
من اقسام البيوع لكنه لم يذكر في كتاب البيوع وانما هو مذكور في
كتاب الاكراه ولان سببه الشرعي يقتضي اعتبار شرط التراضي
دون غيره وقال تاج الشريعة في شرح هذا المقام اعلم ان
بيع المكره يشبه الموقوف من حيث انه يتوقف على اجازة المالك
فلشبهه به يعود جائزا في اي وقت شاء ويشبه البيع الفاسد

من

من حيث صدوره عن المالك وانعدام شرط الجواز وهو الرضا فيفيد
الملك بعد القبض وانما عملنا هكذا اذ لو ظهرنا شبه الموقوف في عدم
الملك لا يبقى للشبه الآخر عمل في حكمه فيتعطل العمل بالشبهين لا يقال
لو كان بمنزلة البيع الفاسد لما عاد الى الجواز بالاجازة كما في البيوع
الفاسدة لان النفاذ لسقوط الفساد وانه لم يستحكم انتهى
اقول فيه بحث اما اولا فلان جهة شبه شيء لشيء لا بد وان
يكون غير الحكم المتفرع على شبهه به كما لا يخفى وقد جعل هذا الفاضل
جهة شبه بيع المكره بالبيع الموقوف توقفه على اجازة المالك
وجعل حكمه المترتب على شبهه به عوده جائزا باجازته ولا يذهب
عليك ان توقفه على اجازته عبارة عن جوازه بها فالصواب في هذا
الباب ما ذكره الاتقاني حيث قال ان بيع المكره له شبه بالبيع الموقوف
وبالبيع الفاسد اما الاول فلانه لم يوجد رضاء المالك
وقد خلا عن الشروط الفاسدة بخلاف البيع الفاسد فان فيه
شرط ما يفسده واما الثاني فلانه صدر من المالك ولكن فات
رضاه بخلاف بيع الفضولي فانه لم يوجد من المالك انتهى الا ان في قوله
بخلاف بيع الفضولي نظرا فان البيع الموقوف ليس منحصرا في بيع الفضولي
حتى يجعل عدم شبه بيع المكره ببيع الفضولي كذلك الجهة
جهة مخالفته لموافقته للبيع الفاسد بل حصره صاحب الخلاصة
في خمسة عشر نوعا يوجد اكثره من المالك فتامل واما ثانيا فلانه
قد علم وجه عوده الى الجواز من قوله في صدر كلامه فلشبهه به
يعود جائزا اذا اجاز فاعادة ذلك بقوله لو كان بمنزلة البيع الفاسد
لما عاد الى الجواز والجواب عنه بجواب آخر مستغنى جدا فليتامل
بقي ههنا شيء وهو انه علل المص ثبوت الملك في بيع المكره بقياسه
على سائر البياعات الفاسدة فيرد عليه ان يقال ان المفروض
ههنا ان يكون البيع والتسليم كلاهما بالاكراه وقد تقرر في موضعه

ان البيع الفاسد انما يفيد الملك بالقبض اذا كان القبض برضى البائع
قال المولى خسرو في درر الاحكام وحكمه ان المشتري اذا قبض
المبيع برضا بائعه صريحا او دلالة ملكه انتهى والاكراه بقسميه
يعدم الرضا فكيف يصح التعليل المذكور الا ان يقال ان المراد
في افادة القبض في باب البيع الفاسد للملك ان يكون باذن البائع
ولذلك اتفقت كلمات الفقهاء على ذكر الاذن لا الرضا ولا شك
ان الاذن يوجد في صورة الاكراه وان لم يوجد الرضا فالمقصود
في عبارة الدرر حينئذ كرعه لفظ الرضا بدل الاذن واعتماد
على كلام الملتقى **قوله** وتاثير انتفاء الشرط في فساد العقد
لا غير **اقول** لقائل ان يقول ان اراد ان تاثير انتفاء اي شرط
كان في فساد العقد فغير مسلم فان تاثير انتفاء الشرط بنفس
الماهية في البطلان وان اراد ان تاثير انتفاء شرط الصحة
في ذلك مسلم الا ان كون التراضي شرط الصحة دون نفس العقد
لم يثبت بعد فتامل **قوله** لان المفسد غير باق **اقول**
لو عقب هذا القول بان يقال حتى انه لو ارتفع المفسد فيه ايضا
يعود جائزا كما اذا باع الى قدوم الحاج والحصاد او الدياس
ثم تراضيا على اسقاط الاجل قبل ان ياتي ذلك الزمان لكان
اصوب **قال** فيلزمه القيمة **اقول** هذا في ذوات القيم واما في ذوات
الامثال فيلزمه المثل ما لم ينقطع على ما نص عليه الامام برهان
الدين في محيطه حيث قال في كل موضع فيه رد المشتري شراء
فاسدا على البائع فعلى المشتري المثل فيما هو من ذوات القيم والقيمة
فيما ليس من ذوات الامثال **قال** لان الفساد فيه لحق الشرع
اقول لا يبعد ان يقال ان للبيع المكره شبها بالبيع الموقوف على ما
ذكر في شرح الاتقاني وتاج الشريعة فرع في حكم عدم انقطاع
حق الاسترداد ايضا تلك الجهة فتامل **قال** وحقه مقدم لحاجته

اقول

اقول قال الفاضل التفتازاني في باب المحكوم به من التلويح المراد
بحق الله تعالى ما يتعلق به النفع العام من غير اختصاص باحد
فينسب الى الله تعالى لعظم خطره وشمول نفعه والا فباعتبار التخليق
الكل سواء في الاضافة الى الله تعالى ولله ما في السموات وما في
الارض وباعتبار التضرر او الانتفاع هو متعال عن الكل ومعنى
حق العبد ما يتعلق به مصلحة خاصة كحرمة مال الغير انتهى ولا يذهب
عليك ان ما ذكر يقتضي تقديم حق الله تعالى على حق العبد على عكس
المشهور فتامل **قال** ومن جعل البيع الجائز المعتاد بيعا فاسدا
يجعله كبيع المكره حتى ينقض بيع المشتري من غيره لان الفساد
لفوات الرضا انتهى **اقول** يرد على ظاهر ما ذكره ان يقال لا نسلم
ان الفساد فيه لمجرد فوات الرضا بل له وللشرط المخالف لمقتضى
العقد النافع لجانب البائع فان صورته على ما ذكروا ان يقول البائع
للمشتري بعت منك هذا العين بما لك علي من الدين على اني متى قضيت
الدين فهو لي انتهى فيكون كسائر البياعات الفاسدة التي
ينقطع فيها حق الاسترداد ببيع المشتري وهبته الا ان يقال
ان كون فوات الرضا من جملة ما افسده كاف في بقاء حق الاسترداد
للبائع وان تحقق فيه مفسد آخر لكون الفسخ لحق العبد على ما سبق
فتامل والعجب العجاب ما ذكره الاتقاني فانه قال قال بعضهم البيع
فاسد بمنزلة بيع المكره فكان للبائع حق نقض بيع المشتري وهبته
لانه بيع بشرط فاسد انتهى حيث علل ثبوت بيع المشتري وهبته
في البيع الجائز المعتاد بكونه بيعا بشرط فاسد فكان كلامه المذكور
مع كونه شرحا مخالفا للمشروح غير تام في نفسه فان الفساد بالشرط
الفاسد يقتضي انقطاع حق الاسترداد كما عرفته **قال** ومنهم من جعل
رهنا لقصد المتعاقدين قيل عليه قد يقال لا علاقة بين البيع
والرهن اذ لا اشتراك بينهما في معنى من المعاني حتى يكون اسم

استعارة بالاتصال المعنوي او سببيته فيها حتى يكون استعارة
بالاتصال الصوري انتهى **اقول** ان اراد عدم العلاقة بين البيع البات
والرهن فعلى تقدير تسليمه لا يضرنا وان اراد عدم العلاقة بين الرهن
وبين البيع الذي نحن بصدده ممنوع لان في كل منهما وجوب تسليم
العين عند اداء الدين **اقول** لا يذهب عليك ان المقصود من هذا
العقد الاحتيال لدفع الربوا بان يشتري المقرض دار المستقرض
بمقدار ما يريد من الدراهم مثلا ثم يوجرها منه فياخذ الفضل
بجهة الكراء ولا ينافي هذا المقصود على تقدير ان يكون هذا
العقد رهنا لان منافع الرهن للراهن فلا يجوز للمرتهن ان ياخذ
منه الاجرة بمقابلة المنافع المملوكة له فتامل **قال** ومنهم من جعله
باطلا اعتبارا بالهازل **اقول** فيه بحث من وجهين اما اولا
فلان الظاهر ان المراد بالبطلان ههنا هو المعنى المقابل للفساد
حيث ذكر مقابلا له فيكون عبارة عن عدم الانعقاد راسا
وبيع الهازل ليس كذلك بل هو فاسد منعقد حتى ان العاقدين
اذا اجازاه في الثلث جاز عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما
لا يشترط الثلث كما نص عليه في المعتبرات اللهم الا ان يريد
بالبطلان معنى اخر غير المعنى المشهور ولا يخفى ما فيه
واما ثانيا فلان قياس هذا البيع ببيع الهازل لا يكاد يتم لان
في بيع الهازل يتفقان على عدم اعتبار حكم البيع ويصرحان به
قبل البيع وفي هذا البيع ليس الامر كذلك **قال** ودلالة الاجازة
يقوم مقام الاجارة يعني ان تمام المرام في هذا المقام يتوقف
على مقدمتين احديهما ان قبض الثمن طوعا دليل الاجازة والثانية
ان دليل الاجازة يقام مقام نفس الاجازة في الشرع
ويعامل معاملتها والمص اقتصر على المقدمة الاولى وكان
ينبغي ان يتعرض للثانية ايضا هذا هو الظاهر من مساق كلامه

الا انه لا وجه لتاخير قوله ودلالة الاجازة يقوم مقام الاجازة
عن قوله كما في البيع الموقوف اذ الصواب ان يقدم عليه لان نفوذ
البيع بقبض الثمن طوعا في صورة بيع الموقوف كما يشهد للمقدمة
الاولى يشهد للمقدمة الثانية ايضا فلو قدم عليه لكان شاهدا
للشهادة لتينك المقدمتين وعلى ما اختاره الشارح تكون المقدمة
الثانية خالية عن الدليل ولا يخفى ما فيه ثم ان الحق ان الاحتياج
الى المقدمة الثانية ليس الا على تقدير ان يراد من دلالة قبض الثمن
طوعا على الاجازة دلالته عليه عقلا واما دلالة عليها اصلا

فصل قوله لما ذكر الاكراه الواقع في حقوق العباد شرع
في بيان الاكراه الواقع في حقوق الله تعالى اعترض عليه بعض الاجلة
حيث قال فيه كلام وهو انه قد ذكر في هذا الفصل حكم الاكراه
الواقع في حقوق العباد ايضا كما في مسئلة الاكراه على اتلاف مال
مسلم بامر يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه وكما في الاكراه (كراه)
بقتل على قتل غيره فلم يتم ما ذكروه بالنظر الى هذا لكن فالاوشبه ما ذكره
صاحب غاية البيان حيث قال انما فصل بفصل لان ما تقدم من الحكم
فعله قبل الاكراه ومسائل هذا الفصل ليست كذلك لانها محظورة قبل
الاكراه **اقول** فيه بحث فان الوجه الذي استصوبه يرد عليه ما اورده
نفسه على الوجه الذي هو مختار الجمهور فانه لا يتم بالنظر الى مسئلة
الاكراه على طلاق امراته او اعتاق عبده فتامل **قال** اذ الحرمة
قائمة قال تاج الشريعة قال الله تعالى فان الله غفور رحيم والغفران
لا يكون بدون الذنب **اقول** جاز ان يكون ذكر الغفران باعتبار ما يقع
من تناول القدر الزائد على ما يحصل به ابقاء المهجة اذ يعسر على المضطر
رعاية قدر الاباحة كما ذكره الفاضل التفتازاني في التلويح ويجوز
ان يكون بدلالة عفو الله تعالى على سعة رحمته المقتضية لعدم تحميل
الاصر على هذه الامة واستثناء حالة الاضطرار عن خطابات

فتامل قلت قلنا حالة الاضطرار مستثناة بالنص الجاري من عموم آية
التحريم المحرمات المذكورة فانه قال تعالى الا ما اضطررتم اليه الآية
وقوله تعالى الا ما اضطررتم اليه يحتمل وجهين احدهما ان يكون استثناء
من الضمير في حرم اي فصل لكم الاشياء التي حرمت كلها الا ما اضطررتم
اليه فانه لم يحرم والآخر ان يكون استثناء منقطعا على ان ما في ما اضطررتم
مصدرية وصفه الله عائد الى ما حرم اي فصل ما حرم عليكم في جميع الاحوال
الا حال اضطراركم عليه وعلى كلا الوجهين لا يتناول النص المحرم
حالة الاضطرار فبقيت مباحة بحكم الاصل وبمثل قوله تعالى خلق لكم
ما في الارض جميعا بل عند القائلين بان الاستثناء من الاثبات
نفي يكون النص دلالة على عدم حرمتها حالة الاضطرار هذا ولكنه
يرد على ظاهر ما ذكره ان الاستثناء ليس الا في هذه الآية وقد ذكر
في بعض الآيات الأخر تحريم تلك الاشياء من غير استثناء حالة الاضطرار
كما في قوله تعالى في سورة البقرة انما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير
وما اهل به لغير الله وقوله تعالى في سورة المائدة حرمت عليكم الميتة
والدم ولحم الخنزير وما اهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية
والنطيحة وما اكل السبع الا ما ذكيتم وما ذبح على النصب وان تستقسموا
بالازلام الآية الى غير ذلك فاذا تناولت تلك الآيات حالة الاضطرار
لا يمكن الاحتجاج على ابي يوسف بالاستثناء الواقع في هذه الآية
على مذهبنا نعم عقب كل ذلك بامثال قوله تعالى فمن اضطر غير باغ ولا عاد
فلا اثم عليه الا انه ليس من قبيل الاستثناء الا انه تخصيص بكلام مستقل
مقارن دال على ان حكم التحريم مختص بصورة الاختيار فيكون كالاستثناء
في افادة ان الحكم السابق لا يعم حالة الاضطرار فتامل قوله من باب
فساد الوضع اقول فساد الوضع ان يترتب على العلة نقيض ما تقتضيه
ذكره صدر الشريعة في فصل دفع العلل المؤثرة من التنقيح قوله
فالجواب انما المباح انما يجوز تركه اقول حاصل الجواب ان سبب استواء

الطرفين

الطرفين فيما نحن فيه هو الاباحة الاصلية حيث لم يتناوله النص المحرم وسبب
حرمة الترك انما هو افضاء الترك الى قتل النفس المحرم او قطع العضو
فلا استحالة في اجتماعهما وانت خبير بان ما نحن فيه من قبيل العلل
الشرعية وهي لا تقاس على العلل العقلية الا ترى ان اجتماع علتين
مستقلتين على معلول واحد شخصي ممتنع في العلل العقلية على ما تبين
وليس كذلك في العلل الشرعية حتى المتوضئ اذا حصل منه البول والغائط
والرعاف ونحو ذلك حصل حدثه بكل واحد من هذه الاسباب نص عليه
الفاضل التفتازاني في بحث فساد الوضع من التلويح فلا يصح قياس ما
نحن فيه على العلل العقلية في امثال ذلك كما زعم بعض الاجلة في هذا المقام
فتامل قوله فجاز ان يكون المراد بها ههنا اطمئنان القلب اقول فيه مسامحة
والمراد ان يكون المراد بها اجراء كلمة الكفر مع اطمئنان القلب لا التورية
اظهار خلاف ما اضمر لان ذلك المضمر حتى يراد به الاطمئنان قوله ومعنى
قوله صلى الله عليه وسلم فعد عد الى طمانينة القلب لا الى الاجراء لان ادنى
درجات الامر الاباحة انتهى اعترض عليه الحبر الفاضل رحمه الله تعالى حيث
قال فيه بحث فانه قد يكون الامر للترخيص قال العلامة النسفي في كتاب
الطلاق من الكافي الامر بالشيء لا ينفي الحظر فان المحظور قد يرخص بصيغة
الامر واجاب عنه بعض الاجلة حيث قال مراد الشارح ان ادنى درجات
ما استعمل فيه صيغة الامر حقيقة هو الاباحة وانما استعماله في الترخيص
ونحوه مجاز اذ لا بد في المجاز من قرينة صارفة عن الحمل على الحقيقة
وحقيقة الامر انما يتصور ههنا بصرف الاعادة الى الطمانينة دون اجراء
كلمة الكفر كما لا يخفى وعن هذا قال النسفي ههنا اي عد الى طمانينة القلب
وما قيل فعد الى ما كان منك فانه غلط لانه لا يظن من رسول الله صلى الله عليه
وسلم انه يأمر بالتكلم بكلمة الشرك انتهى اقول فيه بحث اما اولا فلانه لا يمكن
حمل كلامه صلى الله تعالى عليه وسلم على المحمل الذي حمله عليه الحبر الفاضل رحمه الله
يقتضي صرف صيغة الامر من الحقيقة الى المجاز ككذلك حمله على المحمل الذي

حمله عليه الشراح يقتضي صرف لفظ العود من المعنى الحقيقي الى المجاز فان
العود هو الرجوع الى الشيء بعد الانصراف عنه على ما هو المشهور وقد نص
عليه الراغب في مفرداته ولا يخفى ان العود الى الاطمئنان على تقدير حمل
كلامه صلى الله عليه وسلم عليه لا يراد به الرجوع اليه بعد الانصراف عنه بل يراد دبه
الدوام والثبات عليه على ما افصح عنه الاتقاني حيث قال يعني
فاثبت على الطمانينة وهو امر بالثبات عليها كان لا امر بما ليس بكائن
من الطمانينة الخ وذلك معنى مجازي له بخلاف ما اذا اريد به العود
الى الاجراء مطمئنا قلبه بالايمان فان العود على حقيقته فمن اين
يثبت رجحان هذا المجاز على ذلك واما ثانيا فلانه لو لم يحمل كلامه صلعم
على الامر بالاعادة اجراء تلك الكلمة الشنعا مطمئنا قلبه بالايمان
امر مفيد للترخيص على ما حققه الجد الفاضل لا يكون حديث عمار
دليلا على رخصة الاجراء وكلام المص مبني عليه واما ثالثا فلان
كون الاباحة معنى حقيقيا لصيغة الامر محل كلام فانه وان ذكر
في المعتبرات من كتب الاصول اختلاف بين المشايخ في ان الامر هل هو
مجاز في الندب والاباحة او حقيقة قاصرة فيهما الا ان الفاضل
التفتازاني اشار الى ان الخلاف المذكور في لفظ الامر دون صيغته
حيث الظاهر ان هذا الاختلاف ليس في صيغة الامر لو هي احد هما
ان فخر الاسلام بعد ما اثبت كونها حقيقة للوجوب خاصة ونفي
الاشتراك اختار القول الاول وهو ان الامر حقيقة اذا اريد به الاباحة
والندب الخ واما رابعا فالظاهر من سياق كلام العلامة النسفي
في هذا المقام هو انه مبني تخطئة لمن ذهب الى حمل العود على العود الى الاجراء
عدم لياقة ذكر بشاشة الجليل لا عدم كون الترخيص معنى حقيقيا
للامر فلا وجه لقوله وعن هذا قال العلامة النسفي الخ مفرعا قوله
المذكور على كون الترخيص معنى مجازيا له فتأمل قوله ويفوت حق الله تعا
توهما اعترض عليه بعض الافاضل حيث قال هذا يشعر بعدم فوت حق الله تعالى

صفحه

حقيقة ههنا اصلا وليس كذلك اذ لا فوت حقه تعالى اصلا لما كان واجبا
فيما اذا اصبر حتى قتل ولما تم قول المص فيما سيأتي ولان الحرمة باقية
لان الظاهر ان الحرمة لا يثبت بمجرد توهم فوت حقه تعالى الخ اقول
هل يعد ان يوجد المكلف باختيار بذل روحه في سبيل عدم تفويت
حق الشرع توهما اخذا بالاحتياط وما ذكره من ظهور ان الحرمة
لا يثبت بمجرد توهم فوت حقه تعالى ليس بمسلم اذ كم من شبهة وضعت
موضع اليقين في مواضع الاحتياط والاعتناء الا ترى ان الشرع
اقام شبهة البعضية بسبب الرضاع مقام حقيقتها في اثبات الحرمة
دون سائر الاحكام من التوارث ووضع الزكوة ومنع قبول الشهادة
ولعمري كذلك اقام توهم الشغل مقام حقيقة الشغل في حرمة الوطي
قبل الاستبراء الى غير ذلك قوله ولان الحرمة باقية الخ اقول ههنا شبهة
وهي ان المفهوم من كلام صاحب التنقيح والتلويح زوال الحرمة حالة الاكراه
وثبوت الاباحة حيث قال في باب الحكم من التلويح انما لزم ان الوعيد
لو كانت حرمة او كراهة لكان الطرف الاخر وجوبا او ندبا بالجواز
ان يكون اباحة كما في اجراء كلمة الكفر على اللسان فانه حرام وعند الاكراه
وقال في التنقيح مما استبيح مع قيام المحرم والحرمة كاجراء كلمة الكفر
مكرها انتهى وحل هذه الشبهة على وجه يحصل به التوفيق بين ما
ذكره المص وما ذكره الفاضل التفتازاني وصدر الشريعة هو ان لفظ
الاباحة في كلامهما مجاز عن الرخصة على ما افصح عنه الفاضل التفتازاني
نفسه حيث قال فان قيل الاستباحة مع قيام المحرم والحرمة توجب
اجتماع الضدين وهما الحرمة والاباحة في شيء واحد اجيب بان معنى
الاستباحة ان يعامل معاملة المباح بترك المؤاخذة وترك المؤاخذة
لا يوجب سقوط الحرمة كمن ارتكب كبيرة فعفي عنه انتهى قوله اجيب بان
في الاية تقديما وتاخيرا اقول لا حاجة في دفع ذلك الاعتراض الى القول
بالتقديم والتاخير لانهم جوزوا ان يكون قوله ومن شرح بالكفر

صدر امبتدأ وخبره محذوف بدلالة قوله فعليهم غضب من الله فيجوز
ان يكون قوله تعالى الا من اكره استثناء عن هذا الخبر المقدر لا عن المذكور
فلا يلزم القول بالتقديم والتاخير وجوزوا ايضا في تقرير الاية
وجوها اخر ان شئت الاطلاع عليها فعليك بالمراجعة اليها
قوله لانه ليس من ضرورة عدم الحكم عدم العلة كما في شهود الشهر
قال الحبر الفاضل رحمه الله تعالى والاظهر ان يقول كما في صورة العفو الخ
اقول لقائل ان يقول ان اراد تخلف الحكم وهو العقاب والغضب
عن علته التي هي الحرمة في صورة العفو تخلفه عنه في صورة حصول الخبر
والقطع لنا بتحقق العفو من الله تعالى بالفعل لمرتكب الذنب فلا يخفى ان
ان الاطلاع على ذلك ليس ممكن لنا فلا وجه للتمثيل به وان اراد
امكان العفو وجوازه على مقتضى قوله تعالى ان الله لا يغفر ان يشرك
به ويغفر ما دون ذلك لمن يشاء وقوله تعالى ان الله يغفر الذنوب
جميعا قلنا لا دلالة في ذلك على تخلف الحكم عن العلة فان حكم
الحرمة هي امكان الغضب والعقوبة وجوازهما وذلك الامكان لا يزول
باحتمال العفو وجوازه قوله فذلك ممتنع التخلف عن الحكم الذي
هو معلوله قال الحبر الفاضل ذلك في العلة اسما ومعنى وحكما دون
العلة اسما ومعنى كما فصل في الاصول وحذى بعض الاجلة حذوه
اقول لقائل ان يقول الكلام في امكان تخلف المعلول عن علته وامتناعه عنه
لا في تراخيه عنه والفرق بين العلة اسما ومعنى وحكما وغيره ليس الا
في التراخي دون التخلف بالكلية الا ترى الى ما قالوا واما العلة فاما
علة اسما ومعنى وحكما اي يضاف الحكم اليها وهي مؤثرة فيه ولا
يتراخى الحكم عنها كالبيع المطلق للملك والنكاح للحل والقتل للقصاص
فعندنا هي مقارنة للمعلول كالعقلية واما اسما فقط كالمعلق بالشرط
على ما ياتي واما اسما ومعنى كالبيع الموقوف والبيع بالخيار فمن حيث ان
الملك يضاف اليه علة اسما ومن حيث انه مؤثر في الملك علة معنى لكن الملك

يتراخى

يتراخى عنه فلا يكون علة حكما الخ وفيه فليتامل قوله فانما تخلف الحكم عنه
بدليل آخر شرعي يوجب تاخيره اقول فيه بحث فانه ان اراد ان تخلف الحكم
عن سببه الشرعي يتوقف على ان يرد فيه دليل شرعي دال على ذلك التخلف
فالامر فيما نحن فيه ايضا كذلك فان استثناء صورة الاكراه مطمئنا
على حكم الغضب مع ثبوت نفس الحكم بتناول دليل التحريم اياها لعدم
الاستثناء فيه دليل على تخلف الحكم وهو الغضب عن السبب
وهو الحرمة وان اراد توقفه على دليل شرعي دال على التاخير كما في
المثال المذكور فلا وجه لذلك فان الشارع ان اخبر عن التراخي
يثبت ذلك وان اخبر عن التخلف بالكلية يثبت ذلك ايضا نعم كان الاولى
في الصورة الممثل بها كذلك الا انه لا يجب ان يكون التمثيل بها على الوجه
وفيه ما فيه ايضا فان دلالة الاستثناء المذكور على التخلف الذي نحن
مع فرض ثبوت الحرمة موقوف على ان يكون الاستثناء من الاثبات
نفيا وذلك غير ثابت بعد فتامل ثم الظاهر ان مراد الشارح من
الذي نفاه بقوله ولا دليل فيما نحن فيه على ذلك الدليل الشرعي
على تخلف الحكم على سببه لا الدليل على ثبوت السبب كما توهم بعض الاجلة
حيث قال على انه يمكن ان يجعل حديث حبيب دليلا وهو الحرمة على بقاء
الحرمة فيما نحن فيه بعد ان نفي حكمه وهو الغضب الخ قوله وقوله
لان الكفر مما لا ينكشف حرمته صحيح ولكن الكلام في اجراء كلمة
الكفر قال الحبر الفاضل رحمه الله تعالى اجراء كلمة الكفر كفر وان كان مكرها
غايته انه لا يترتب حكم الكفر عليه ولذا قيل الاقرار ركن زائد والتفصيل
في الاصول انتهى اقول حاصل النزاع انه اذا وجد التصديق بالجنان
ولم يتحقق معه الاقرار باللسان بل تحقق ما يضاده للضرورة هل يكون
ذلك التصديق المنفرد ايمانا شرعا لكون عدم تحقق الركن الآخر
للضرورة او لا يكون ايمانا حقيقيا بل كفرا لا يترتب عليه حكم الكفر ويترتب
حكم الايمان للضرورة والمفهوم مما ذكره علماء الاصول في بيان كون

الاقرار ركنا زايدا هو الثاني فانه قال الفاضل التفتازاني في مبحث الحكم
من التلويح وصف الركن الزايد الجزء الذي اذا انتفى كان حكم المركب باقيا
بحسب اعتبار الشرع وذلك ان الجزء اذا كان من الضعف بحيث لا ينتفي
حكم المركب بانتفائه كان شبيها بالامر الخارج فسمي زايدا بهذا الاعتبار
انتهى فان المفهوم منه انتفاء الايمان بانتفاء الاقرار باللسان
ولو في حالة الضرورة وكون الباقي هو الحكم فقط نعم قد قال بعد ذلك
وقد يقال في توجيه الركن الزايد ان بعض الشرائط والامور الخارجة
قد يكون له زيادة تعلق واعتبار في الشرع بحيث يصير عند الشرع كالجزء له
فيسمى ركنا مجازا فالحاصل ان لفظ الزايد ولفظ الركن مجاز ولا
وفق بكلام القوم انتهى وهذا الذي ذكره ثانيا بسبب ما ذكره الشارح
من الفرق بين الكفر وبين اجراء كلمة الكفر مكرها يتجه هنا وهو انه يمكن
ان يقال من جانب الشارح على الوجه الاول ايضا ان الثابت بما ذكر
من كون الاقرار ركنا عدم ثبوت الايمان عند عدمه والمفروض
فيما نحن فيه صدور الايمان بجزئيه من المكره سابقا فهو باق تقديرا
وانما يحتمل زواله بطريان ما يضاده حالة الاكراه وهو اجراء كلمة
الكفر وقد سبق انه لا عبرة به لما اعترف الفاضل ايضا من انه
من قبيل كلام الساهي والنائم فاجراء كلمة الكفر من المكره الصادر
عند الاقرار باللسان سابقا لا يكون كفرا على جميع الوجوه ويتحقق الفرق
بين الكفر واجراء كلمة الكفر في هذه الصورة فتدبر **كتاب الحجر**
لما وجد ايراد الحجر عقيب الاكراه ان كلا من الاكراه والاسباب الموجبة للحجر
من الصغر والرق والجنون من العوارض على الاهلية على ما عرف في موضعه
قوله في الشرع هو المنع عن التصرف في حق شخص مخصوص وهو الصغير
والرقيق والجنون **اقول** لا يخفى ان المراد بالمنع عن التصرف ما يعم ابطاله
راسا وجعله موقوفا على اذن الولي فلا حاجة الى زيادة شيء في التعريف
كما توهم ثم اعترض على التعريف المذكور بعض الاجلة حيث قال فيه قصور

اما اولا فلان الحجر في الشرع ليس هو المنع عن التصرف مطلقا بل هو المنع
عن التصرف قولا لا فعلا كما يفصح ما سياتي من ان هذه المعاني الثلثة
يعني الصغر والرق والجنون توجب الحجر في الاقوال لا في الافعال واما ثانيا
فلان المحجور عليه غير منحصر في الصغير والرقيق والمجنون بل المفتي الماجن
والمتطبب الجاهل والمكاري المفلس محجور عليه بالاتفاق والسفيه
والمغفل والمديون ايضا محجور عليه عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى
كما صرح به فقوله في ذيل التعريف المذكور وهو الصغير والرقيق
والمجنون تفسير زايد وتقييد كاسد ثم قال فالاولى ما ذكر في معراج
الدراية فانه قال فيه ثم الحجر لغة المنع مصدر حجر عليه وفي الشرع منع
مخصوص وهو المنع عن التصرف قولا لشخص مخصوص وهو المستحق للحجر
بانه سبكه **اقول** وبالله التوفيق في كلا وجهي كلامه وفي التعريف
الذي استصوبه بحث اما في الاول ففي وجوه اما اولا فلان عدم
وجوب الحجر في الشرع عن الافعال الصادرة لا يقتضي عدم كون
الحجر في اصطلاح اهل الشرع متناولا للمنع عن الافعال فان كون المنع
عن الافعال مسمى في الشرع بالحجر شيء وعدم ايجاب المعاني الثلثة
المنع عن الافعال شيء آخر واستلزام الثاني للاول غير بين ولا مبين
كيف والصوم في الايام المنهية غير مشروع الا انه مسمى في الشرع
بالصوم حتى انه لم يذكر في تعريفه ما يخرجه واما ثانيا فلان ما احتج
به على مراده من قول المص فيما سيجيء ان هذه المعاني الثلثة توجب الحجر
في الاقوال دون الافعال لا يصلح دليلا على انحصار الحجر في الشرع
بالاقوال مطلقا لان سبب الحجر غير منحصر في المعاني الثلثة المذكورة
بل المفتي الماجن واخواه محجورون بالاتفاق على ما ذكره نفسه
فلم لا يجوز ان يكون الحجر فيهم عن الافعال بل الامر كذلك كما ستقف
عليه ان شاء الله تعالى فليتامل وتما يدل على عموم الحجر في الشرع
للافعال ما ذكره العلامة الرومي في ايضاح اصلاحه للوقاية

حيث قال وانما قلنا ان الرقيق ممنوع عن نفاذ تصرفه القولي الضار في الحال
لانه اذا اتلف مال الغير لا يؤخذ في الحال انما يؤخذ به بعد العتق
نص عليه صاحب البدائع الا ان يقال ما ذكره ليس من قبيل الحجر بل لان
الخطاب بالضمان عند القدرة وفي حال الرق ليس مال حتى يخاطب
باداء الضمان كالمعسر لا يخاطب باداء الدين اذا اعسر وكالنائم
لا يؤمر بالاداء الا اذا استيقظ واما ثالثا فلان لفظ التصرف
ينصرف الى العقود والاقوال التي لها احكام في الشرع كالبيع والهبة
والطلاق والعتاق ولا يكاد يراد به الافعال فلا حاجة الى تقييد التصرف
بقوله قولا واما في الثاني فمن وجهين اما اولا فلانا لا نسلم ان الحجر
الحقيقي الشرعي يوجد في المفتي الماجن واخويه نعم وقع في عبارات
المشايخ استعمال لفظ الحجر فيهم لكنه بطريق التجوز على ما افصح عنه
الامام الكاشاني حيث قال في البدائع اولا الاسباب الموجبة للحجر
ثلثة لا رابع لها الصغر والرق والجنون ثم قال بعده وليس المراد
في المفتي الماجن ومثليه حقيقة الحجر وهو المعنى الشرعي الذي يمنع
نفوذ التصرف الا ترى ان المفتي اذا افتى بعد الحجر واصاب جاز
ولو افتى قبل الحجر واخطأ لا يجوز وكذا الطبيب لو باع الادوية
بعد الحجر نفذ بيعه فدل على انه ما اراد به الحجر حقيقة وانما اراد
به المنع الحسي اي يمنع هؤلاء الثلثة عن عملهم حسا انتهى فاذا كان
الحجر الحقيقي المتفق عليه في الشرع مخصوصا بهؤلاء الثلثة وكان
الحجر في الثلثة المذكورة مجازا ملحقا بطريق لم يكن في التعريف المذكور
غبار واما ثانيا فلان حد الحجر الشرعي في المفتي الماجن واخويه
لا يقتضي تعميم التعريف لهم لجواز ان يكون المقصود تخصيصه بالحجر المخصوص
بيانه فهذا على نهج ما ذكره المعترض المذكور نفسه في مفتتح كتاب
الماذون حيث قال واما اختصاص المولى باذن العبد فلا ينحصر
اذ المقصود بالذات في كتاب الماذون اذن العبد وانما يبين فيه

اذن

اذن الصبي ايضا على سبيل التبعية فيجوز ان يكون مدار ما ذكر
في التعريف الاذن في الشرع على ما هو المقصود بالذات في كتاب
الماذون انتهى ولا يخفى ان المصنف لم يجعل ذكر هؤلاء الثلثة في كتاب الحجر
مقصودا بالاصالة وعن هذا لم يذكرهم الا في باب الحجر للفساد اثناء
ذكر دليل ابي حنيفة رحمه الله تعالى على عدم الحجر للسفه حيث قال حتى
لو كان في الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المفتي الماجن والمتطبب الجاهل
والمكاري المفلس جاز فيما يروى كما نبين ثم ان في قوله فيما يروى عنه
ما يصلح ان يكون وجها لعدم تعميم التعريف لهم كما لا يخفى على المتامل واما
في الثالث فلان من الاقوال ايضا ما لا يجري فيه الحجر وهو ما يتمحض
نفعا محضا كقبول الهبة مع ان التعريف المذكور يعمه قال المصنف
والقصد من شرطه اعترض عليه بعض الاجلة حيث قال فيه اشكال
لان الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص واليمين والنذر كلها
من الاقوال المعتبرة في الشرع مع ان القصد ليس شرطا لاعتبارها
في الشرع الا يرى ان طلاق العاقل البالغ هازلا وكذا اعتاق
الحر العاقل هازلا وكذا يمينه وكذا نذره هازلا صحيح معتبر على ما صرحوا
به في مواضعها سيما في مباحث الهزل من كتب الاصول مع ان الهزل
ينافي القصد لا محالة اقول فيه بحث اما اولا فلان استواء الجد
والهزل في تلك الامور وعدم اشتراط القصد لها ثابت على خلاف
القياس بالنص لقوله عليه السلام ثلث جدهن جد وهزلهن جد الحديث
فلا يخل ذلك بالمرام كما لا يخفى على اولي الافهام واما ثانيا فلان صحة
الامور المذكورة بالهزل لا تدل على عدم اعتبار القصد فيها اصلا
اذ الهازل قاصد للسبب وان لم يكن قاصدا للحكم على ما نص عليه
قاضيخان في فتاواه حيث قال واما الخاطئ اذا جرى على لسانه
كلمة الكفر خطأ لم يكن ذلك كفرا عند الكل بخلاف الهازل لان الهازل
يقول قصدا الا انه لا يريد حكمه وقال صدر الشريعة في التنقيح

وكله صحيح والهزل باطل لقوله عليه السلام ولان الهازل راض بالسبب
لا بالحكم وهذه الاشياء لا يحتمل التراخي وقال صاحب التلويح في مواضع
من مباحث الهزل يعني ان الهازل يتكلم بصيغة العقد مثلا باختياره
ورضاه ولكنه لا يختار ثبوت الحكم ولا يرضاه والاختيار هو القصد
الى الشيء وارادته والرضا ايثاره واختياره انتهى ولا يخفى
ان من تتبع اتقان مباحث الهزل من الاصول لا ينبغي ان ينصف
بمثل هذا القول نعم لو اورد الساهي والهازل والخاطئ بدل الهازل
لكان له وجه اذ قد ذكر في المعتبرات انه اذا اراد رجل ان يقول الحمد لله
فجرى على لسانه الطلاق او العتاق يقع وقال في الفتاوى الخانية
وقال في الفتاوى الخانية ولو اراد ان يقول شيئا فجرى على لسانه
النذر او الطلاق او العتاق قال الفقيه ابو جعفر في النذر يلزمه
بلا خلاف وفي الطلاق والعتاق يقع في قول محمد وقال ابو يوسف
لا يقع الطلاق بينه وبين الله تعالى ويقع العتق وعن ابي حنيفة
رحمه الله تعالى عكس هذا واما ثالثا فلان مقصود المحشي في هذا
المقام بيان وجه الفرق بين جنس الاقوال وجنس الافعال
وافادة لمية جريان الحجر في الثاني دون الاول فالذي يلزمه
في تمشية هذا المرام ويجب عليه في توفية حق المقام بيان وجه
يقتضي جريان الحجر في جنس الاقوال في كل فرد من افراد الاقوال
فيجوز ان يكون ثبوت الحجر في بعض الاقوال كالبيع والاجارة والهبة
والاقرار لما ذكره المحشي هنا وفي البعض الآخر كالطلاق والعتاق
لوجه آخر كالنص والقياس الآخر ويؤيد هذا الاحتمال ان المحشي
قال فيما سيجيء الصبي والمجنون لا تصح عقودهما ولا اقرارهما
فعلله بقوله لما بينا وهو اراد به الوجه المذكور هاهنا ثم قال ولا يقع
طلاقهما ولا عتاقهما وعلله بقوله لقوله عليه السلام الخ فليس
هذا التعليل محل قال وقيل **قوله** والجواب من وجهين احدهما

في الاقوال
ان الاقوال الموجودة حسا ومشاهدة الخ اعترض عليه بعض الاجلة
حيث قال في كل من وجهي الجواب نظر اما اولا فلانه يمكن منعه في الانشاآت
من قبيل الاقوال كالبيع والهبة فان الانشاآت ايجادات لا يمكن
تخلفها لولا تقاعنها ولا يخفى ان اكثر الاقوال المعتبرة في الشرع
عن افادة الاحكام الشرعية من قبيل الانشاآت فلا يتم التقريب
واما في الثاني فلانه منتقض بما يساوي غير الجد والهزل الخ **اقول**
كل من نظريه ساقط اما في الاول فلان الفرق بين الانشاء
والاخبار ليس الا في احتمال الصدق والكذب وعدم احتماله واما
امكان تخلف مدلول الانشاآت عنها بمعنى جواز ان لا يترتب في نظر
الشارع على انشاء من الانشاآت حكمه الذي كان يترتب عليه لولا
وجود مانع او عدم شرط فلا ريب فيه ولا شبهة تعتريه الا ترى
ان قول الهازل بعت واشتريت انشاء يتخلف حكمه وهو الملك وبالجملة
ان مراد الشيخ من مدلول الانشاء حكمه الشرعي فلا يرد عليه شيء
واما في الثاني فلما بيناه في جواب ما اورده بعض الاجلة على المحشي
فيما سبق ثم ان المحقق الفاضل رحمه الله اعترض على الجواب الاول بانه
لم يبق بما ذكره سبب شرطية القصد في اعتبارها موجودة شرعا
يعني انه كان حاصل السؤال مطالبة وجه اشتراط القصد لاعتبار
الاقوال موجودة شرعا والجواب طريق ذكره وانما مفاده وجه
امكان جعل القول المحسوس الموجود بمنزلة المعدوم دون الافعال
اقول دفع هذا الكلام على طرف التمام فان حاصل الاشكال ومعظم
الشبهة ليس الا في الفرق بين جنس القول وجنس الفعل في انه يجري
الحجر في الاول ويجعل القول الموجود حسا في حكم المعدوم في عدم
ترتب حكمه الشرعي عليه ولا يجعل ذلك في الثاني فيجعل الفعل الموجود
حسا موجودا في الشرع البتة وما ذكر في الجواب كاف في حل هذه الشبهة
واما اشتراط خصوصية القصد فانما ذكر في السؤال استطرادا للكلام

مخرج الواقع وليس بيان وجه مما يجب في هذا المقام على الشارح رحمه الله تعالى
نعم ههنا في اصل الجواز بحث وهو ان الفرق المذكور بين الاقوال والافعال
غير ظاهر فانه كما ان ترتب موجب الاقوال الشرعية عليها امر غير واجب
عقلا متوقف على الشرع فجاز ان لا يجعل بعض الاقوال الموجودة حسا
موجودة في الشرع كذلك موجب الافعال من القود والدية وقطع اليد
والضمانات مما لا يجب ترتبها على اسبابها عقلا وانما ذلك بالشرع نعم
بين الاقوال والافعال فرق من حيث ان الايجاب والقبول بالالفاظ المخصوصة
انما كان ثابتا بالشرع بخلاف كون الفعل المخصوص قتلا وازهاقا للروح فانه
امر ثابت في نفس الامر الا انه لا يجدي في الفرق المذكور فتامل **قوله**
اراد بعدم الصحة عدم النفاذ قال المحقق الفاضل رحمه الله واذا اريد بالصبي
والمجنون الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب لا يحتاج الى تاويل عدم
الصحة بعدم النفاذ ويخلص عن وصمة التكرار اعترض عليه بعض الاجلة
حيث قال لا مساغ لذلك الاحتمال لان حمل الصبي والمجنون في قوله
والصبي والمجنون لا تصح عقودهما على الصبي الغير العاقل والمجنون
المغلوب فقط مما لا تساعده القاعدة فان المعرف بلام التعريف اذا لم يكن
هناك معهود انما يحمل على الجنس في قاعدة اهل العربية وعلى الاستغراق
في قاعدة اهل الاصول فههنا الصبي الغير العاقل والمجنون لم يتعهدا
بخصوصهما فلا بد ان يراد بالصبي والمجنون المذكورين ههنا جنسهما
او جميع افرادهما على احدى القاعدتين لا حصة معهودة منهما **اقول**
فيه بحث اما اولا فلانا سلمنا ان اللام فيهما للاستغراق على قاعدة
اهل الاصول لانه لا معهود فيكون من صيغ العموم لما تقرر في الاصول
ان المفرد المحلى باللام اذا لم يكن للمعهود ولم يدل على انه لتعريف الحصة
من الفاظ العموم وقد تقرر في الاصول ان من جملة طرق تخصيص العام
كون بعض الافراد ناقصا فيكون اللفظ اولى ببعض الافراد كما في كل مملوك
لي حر لا يقع على المكاتب لا يخفى ان لفظ الصبي اولى بالصبي الغير العاقل

والمجنون

والمجنون فيجوز ان يكون مدارا ما ذكره المحقق الفاضل هذا فليتامل واما
ثانيا فلان تفريع وجوب ارادة الجنس او الاستغراق من الصبي
والمجنون ومنع صحة احتمال الارادة حصة مخصوصة منهما على عدم
معهودية الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب غير صحيح فان ذينك
القسمين وان لم يعهدا الا ان القسمين الاخرين منهما اعني الصبي
العاقل والمعتوه معهودان حيث ذكرا في قوله ومن باع من هؤلاء شيئا
او اشترى وهو يعقل البيع ويقصده الخ واما ثالثا فلان
كلام المحقق الفاضل مع صاحب الكفاية وهو لم يحمل الصبي والمجنون
على الجنس ولا على الاستغراق وانما حملهما على حصة مخصوصة
اخرى غير الصبي العاقل والمجنون المعتوه بدليل انه حمل عدم الصحة
على عدم النفاذ وبين وجه ذلك بقوله لما تقدم في قوله ومن باع
من هؤلاء شيئا فالولي بالخيار وعدم الصحة في عقود الصبي الغير
العاقل والمجنون المغلوب ليس بمعنى الانعدام من الاصل لا ان
الولي مخير فيه الا ان يقال انه اراد بعدم النفاذ ما يعم التوقف
على راي الولي والانعدام الاصلي ولا يخفى ما فيه ثم قال المعترض المذكور
في تتمة اعتراضه المذكور ولئن سلم مساعدة القاعدة لذلك فلو اريد
بها ذلك القسم المعهود منهما لزم ان لا يكون احكام عقود الصبي
العاقل والمجنون الغير المغلوب الذي هو المعتوه ولا احكام اقرارهما
وطلاقهما وعتاقهما مذكورة في كتاب الحجر اصلا اذ موضع ذكر تلك الاحكام
ههنا ولم يذكر في مواضع اخر من هذا الكتاب فيلزم ان يكون متروكا بالكلية
ولا يخفى فساده على الحازم **اقول** ما ذكره من لزوم ان لا يكون احكام
عقود الصبي العاقل والمعتوه مذكورا في كتاب الحجر اضحوكة ينبغي
ان يتلهى بها في المحافل فان ذلك مذكور قبل هذا القول بقوله
ومن باع من هؤلاء شيئا او اشترى وهو يعقل البيع ويقصده
توقف على اجازة الولي الخ فان ذكر دليل على ان حكم عقود الصبي العاقل

والمجنون الغير المغلوب هو التوقف اما في البيع والشراء فبعبارته واما
في غيره فبدلالته كيف وقد علق الجد الفاضل رحمه الله تعالى حملهما على ذينك
القسمين بخلوص كلام المص عن وصمة التكرار وكذا الشارح نفسه
نص على انه تكرار واعتذر عن ذلك وكذلك قول المص في مفتتح الكتاب
فلا يجوز تصرف الصغير الا باذن وليه ذكر احكام عقود الصبي والمجنون
كما لا يخفى بقي في كلام الجد الفاضل رحمه الله تعالى شيء وهو ان ما ذكره
من لزوم خلوص كلام المص عن وصمة التكرار بحمل المجنون على المغلوب
والصبي على غير العاقل محل بحث لان عدم صحة عقود المجنون
المغلوب وعدم صحة اقراره وعدم وقوع طلاقه واعتاقه مذكور
فيما سبق حيث قال المص ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال
فلينأمل ثم ان المفهوم من قول المص ولا يقع طلاقهما وعتاقهما
وعدم عطفهما على العقود والاقرار المذكورين في حيز قوله لا يصح
وكذا المفهوم من الاستدلال على عدم وقوع طلاقهما بالحديث الكريم
ان يكون المراد بالصبي والمجنون الصبي العاقل والمعتوه اما من الثاني
فظاهر واما من الاول فلانه لو اريد بهما الغير العاقل من ذينك القسمين
لكان عدم الصحة بمعنى الانعدام من الاصل فلا يكون في العدول
عن عدم الصحة الى عدم الوقوع في حق الطلاق والعتاق وجه بخلاف
ما اذا اريد بهما العاقل والمعتوه فان عدم الصحة ح بمعنى عدم
النفاذ على ما نص عليه الشارح فيحسن العدول عنه في الطلاق والعتاق
لانهما باطلان فليتأمل **باب الحجر للفساد** اي باب بيان
جواز الحجر وعدمه فيكون تلقيب الباب على رأي علمائنا رحمهم الله
ويجوز ان يكون على رأيهما **قوله** وقد غلب في عرف الفقهاء
لا يخفى ان المتبادر من مساق كلام الشارح ان يكون المعنى
الاول معنى لغويا للسفه وليس كذلك بل معناه اللغوي هو مطلق
الخفة على ما افصح عنه الفاضل التفتازاني رحمه الله تعالى حيث قال

السفه

السفه في اللغة هي الخفة والحركة وقال الراغب السفه خفة في البدن
ولذلك قيل زمام سفيه كثير الاضطراب وتوب سفيه ردي
النسج انتهى والمعنى المذكور اولا معناه الاصطلاحي ايضا
نهاية الامر ان الثاني اخص يؤيده ما ذكر في فصول البدائع حيث قال
السفه لغة الخفة والحركة وشرعا المعنى الاعم وهو خفة تعتري الانسان
فرحا او غضبا فيحمله على عمل غير موجب الشرع والعقل مع بقائه
والاخص وهو المعتبر هنا ثم ان بعض الفضلاء اعترض على قوله على خلاف
موجب العقل مع قيام العقل بان موجب الشيء لا يتخلف عنه ثم اجاب
بان المراد منه خلاف موجب حكم العقل **وانا اقول** يجوز ان يراد به
خلاف موجب نفس العقل فان موجب الشيء انما يتخلف عنه عند عدم
المانع ولا يخفى ان تلك الخفة المعترية على العاقل مانع عن جريه على موجب
العقل فتأمل قال صاحب النهاية **ثم** اعلم ان مسائل الباب كلها
مبنية على قول ابي يوسف ومحمد لا على قول ابي حنيفة فانه لا يرى
الحجر للفساد اصلا واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال اكثر مسائل
هذا الباب مما اتفق عليه ابو حنيفة وصاحباه الى قوله وانما المسائل
الخلافية ثلاث ثنتان منها مذكورتان في اول الباب في هذا الباب
في الهداية والبداية احديهما مسئلة انه لا يحجر على السفيه والاخرى
مسئلة الغلام البالغ غير رشيد اذا بلغ خمسا وعشرين سنة حتى
يسلم اليه ماله وواحدة منها مذكورة في آخر الباب في الهداية وحدها
وهي مسئلة ان يحجر الفاسق بسبب الغفلة الخ **اقول** فيه بحث من وجهين
اما اولا فلانه لا يخفى على ذي مسكة ان صاحب النهاية لم يرد بقوله
المذكور ما توهمه هذا الفاضل وانما اورد التنبيه في اول الباب
بما يشير اليه المص فيما سيجيء بقوله ثم لا يتأتى التفريع على قوله وانما
التفريع على قولهما على ما ستطلع عليه بخبر ان شاء الله تعالى واما ثانيا
فلان ما ذكره المعترض المذكور بقوله وانما المسائل الخلافية

من مسائل هذا الباب تلك الى فرنثره او مرتين فان من مسائل الباب قول
المص كان على العبد ان يسعى في قيمته ايضا من الخلاف ثم ان القول بالسعاية
من فروع القول بالحجر وابو حنيفة رحمه الله تعالى لا يقول به وهذا مع ظهوره
جدا مذكورا في غاية البيان حيث قال فيه لان عند ابي حنيفة اعتاق
السفيه كاعتاق المصلح لا سعاية على العبد عنده انتهى وكذا كذا قوله
وبطل الفضل على ما نص عليه الاتقاني ايضا حيث قال وهذا على قولهما
لان عند ابي حنيفة تصرف السفيه المحجور عليه كتصرف المصلح فلا يبطل
الفضل انتهى كما نطق هذا المعترض ان المسائل الخلافية هي المسائل
التي ذكر الخلاف فيها في الهداية وبالجملة ان تحرط حرصه على ايراد
المناقشة والسؤال اوقعه في مثل هذا الحال وبالله التوفيق
وعليه الاتكال ومنه الافاضة والافضال قال المص وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله تعالى وهو قول الشافعي الحجر على السفيه هل هو واجب
عندهم او جائز والمفهوم من كلام العلامة التفتازاني هو الجواز
حيث قال في التلويح حيث قال اختلفوا في حجر كل سفيها بعد البلوغ
فجوزه ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تمسكا بوجوه الى ان قال اثناء ذكر
تلك الوجوه فاذا صار ذلك ضررا كان نفعه في الحجر فيجب وقال
في صدد ذكر الاجوبة منها لابي حنيفة رحمه الله تعالى ولو سلم فالنظر له
لا بينه جائز لا واجب كالعفو عن القصاص فلا يدل على وجوب الحجر فلا بد
من التأمل في التوفيق قال في كل من هو كذلك يحجر عليه اعترض عليه
بعض الاجلة حيث قال في تقريره لا يوافق اذ لا يخفى ان حاصل كلام المص
ههنا قياس السفيه على الصبي قياسا فقهيا في حق وجوب الحجر عليه
نظرا اليه ويرشد اليه قوله فيما سيأتي ولا يصح القياس على منع المال
وقد قرر الشارح في صورة القياس المنطقي حيث قرر الكبرى الكلية
وجعل قوله فيحجر نتيجة القياس اقول ليس مبنى ما ذكره الشارح ههنا
على المفهوم من ان مراد المص قياس السفيه على الصبي قياسا شرعيا

صورته
نهاية الامر انه قرره على القياس المنطقي لظهور الانتاج ولا يذهب على مسكنه
ان القياسات الفقهية يجب تقريرها على القياس المنطقي بان يقال كلما وجد
فيه هذه العلة فحكمه كذا ليظهر وجه اقتضاء وجود العلة في الفرع
وجود الحكم فيه فتبصر قال المص لان الثابت في حق الصبي احتمال
التبذير وفي حقه حقيقته يعني ان الصبي محجور وان لم يصدر منه
تبذير وتصرف على خلاف موجب العقل فاصل التبذير في حق الصبي محتمل
وفي السفيه محقق وان كان التبذير في التصرفات التي وقع الحجر
لاجل حفظه عن التبذير فيها في السفيه ايضا محتملا لا محققا قوله
وهذا امنع منع المال اي لكونه مبذرا لماله بصرفه لا على الوجه الذي
يقتضيه العقل فهو قياس آخر مستقل كقياسه على الصبي واما احتمال
ان يكون هذا اشارة الى ان المحقق في حقه حقيقة الحجر بان يكون دليلا
على صحة الاولوية المذكورة فلا يخفى انه وان كان اقرب صورة لكنه
ابعد نظرا الى المعنى فانه لا فرق بين الصبي والسفيه في خصوص منع
المال عنه قال الله تعالى وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان انستم
منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم والمتبادر من كلام صاحب الهداية
هو المعنى الثاني وههنا احتمال ثالث وهو ان يكون اشارة الى كون
السفيه كالصبي المفهوم من السياق فيكون دليلا على صحة قياسه على الصبي
وهو المفهوم من كلام الاتقاني حيث قال اما المعقول فان هذا الشخص
منع عنه المال فوجب ان يحجر قياسا على الصبي ويمكن ان يحمل كلام الشارح
على هذا ايضا قوله والفائدة تظهر فيما اذا كان السفيه مفسدا
دينه اعترض عليه بعض الاجلة حيث قال فيه نظر لانه من يكون مصلحا
في ماله لا يسمى سفيها في عرف الفقهاء كما افصح عنه صاحب العناية بقوله
وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال الى آخره واما كون المصلح في ماله
اذا كان فاسقا في دينه مسمى بالسفيه على معناه الاصلي لا يجدي
ههنا اذ نحن بصدد حكم السفيه في عرف الفقهاء الى اخره اقول سقوط هذا

في الظهور والجلاء بحيث لا يكاد يخفى على العقلاء فان عدم كون التصدد
في بيان حكم السفيه بهذا المعنى وعدم كون الفاسق داخلا في السفيه
في عرفهم لا يقتضي عدم التعرض له اذ قد تقرر بين الخواص والعوام
ان الكلام يجر الكلام فههنا لما بين ان علة الحجر في السفيه بالمعنى الذي
نحن بصدده هي العقوبة عند الشافعي بين بهذه المناسبة ان السفيه
بالمعنى الآخر يحجر عليه عنده لوجود تلك العلة فيه **قال** المص ولابي حنيفة
رحمه الله انه مخاطب عاقل قال بعض الاجلة ان قوله عاقل بعد قوله مخاطب
مستدرك لان المخاطب لا يكون الا عاقلا فان ما ليس بعاقل كالصبي والمجنون
ليس بمخاطب لا محالة **اقول** انما عقب قوله مخاطب لئلا يفرض انه عاقل
ويمكن ايضا ان يقال لما كان المفروض ان يصدر من السفيه خلاف موجب
العقل وذلك قلما يصدر عن العاقل كان المقام مظنة انكار وجود العقل
فيه فيستحسن التاكيد **قوله** تقريره ان منع المال منه انما هو
بطريق العقوبة الخ لا يخفى ان يمنع صحة قياس الحجر على منع المال متمسكا
بكون الحجر ابلغ ضررا من المنع يمشي ايضا على تقدير فرض كون منع المال للنظر
لا للعقوبة فان اختيار الضرر القليل الحاصل بالمنع المجرد طلبا للنفع
الكثير الحاصل بعدم التبذير لا يقتضي اختيار الضرر الكثير الحاصل له
بالحجر الذي هو تبديد آدميته واهدار اهليته للنفع القليل الحاصل
بعدم التبذير وعن هذا قال صاحب التلويح ولو سلم ان الحكم معقول
وان الحجر نظر لا عقوبة فلا نسلم صحة القياس فان منع اليد عن المال
ابطال نعمة زائدة والحاق للسفيه بالفقراء بخلاف الحجر فانه ابطال
نعمة اصلية هي العبارة والاهلية اذ بها يمتاز الانسان عن سائر الحيوان
ففيه ضرر عظيم وتفويت نعمة جليلة والحاق له بالبهائم انتهى
والشارح انما جزم بما فهم المص بكونه مبنيا على القول بكون المنع بطريق
العقوبة لظاهر لفظ العقوبة ولقول المص فيما سيجيء ولابي حنيفة
ان منع المال عنه بطريق التاديب **ثم اقول** يمكن منع صحة قياس الحجر

على منع المال على هذا التقرير بوجه آخر ايضا وهو ان القياس لا يجري
في العقوبات على ما تقرر في موضعه **قال** وله على الاصول انه عاجز
عن النظر لنفسه يرد على ظاهره ان المتبادر ان يكون الحجر نظرا وقد سبق
انه ضرر عظيم الا ان يبنى هذا الجواب على ما هو مذهبهما من ان في الحجر
نظرا له **قال** لان الحجر منه فتوى وليس بقضاء الخ هذا انما يوافق
مذهب محمد فان الحجر عنده يثبت بنفس السفه والقاضي يخبر انه
محجور شرعا واما عند ابي يوسف فحجر القاضي ان لم يكن قضاء لعدم
المقضي فليس بفتوى ايضا فان الفتوى هي الاخبار بان حكم المسئلة
هذا وحجر القاضي للسفيه عنده ليس كذلك بل انشاء للحجر من قبله كنصب
الوصي وعزله ومما دل الدليل على ان نصب القاضي مقصودة على الحجر
والقضاء بل على خلافه **قوله** ولا مقضي له ههنا يعني امكن ان يجعل
السفيه مقضيا عليه باعتبار ان الحجر اهدار لاهليته وسلب لآدميته
فكانه حمل كلام المص على نفي المجموع بانتفاء احد جزئيه **قوله** سلمنا
وجود المقضي له على احتمال بعيد وهو ان يجعل السفيه مقضيا له بهذا
الاعتبار لا يوجد المقضي عليه فلا يتغاير الامران اصلا وجوابه ان
مراده ان يجعل السفيه مقضيا له ومقضيا عليه في حالة واحدة
بحيثيتين متغايرتين على ما افصح عنه تاج الشريعة حيث قال
يمكن ان يجعل السفيه مقضيا له من حيث ان الحجر ثبت الا نظرا
له والقضاء بالحجر يقع عليه فيجعل مقضيا عليه ايضا بقي ههنا
شيء وهو ان ما ذكره الشارح في تغيير كلام المص ان يكون مراده
من فرض كونه قضاء فرض وجود المقضي له لا ينبغي لجواز ان يكون
مراده فرض عدم اشتراط المقضي له في تحقق القضا اذ المقصود ارخاء
العنان وتوسيع الميدان والزام الخصم باي كان فتامل **قال**
المص ولو كان قضاء فنفس القضاء مختلف فيه لا يذهب عليك ان
الاختلاف بين الائمة في جواز القضاء على نوعين الاول ان يكون

الاختلاف فيه شائعا عن الاختلاف في نفس المسئلة ثابتا في ضمنه كما ان
محمدا رحمه الله تعالى ذهب الى عدم جواز وقف المشاع وجوزه ابو يوسف صح
فهذا الاختلاف يتضمن الاختلاف في ان الحكم بوقفية المشاع هل
يجوز للقاضي ام لا فعند ابي يوسف يجوز وعند محمد لا يجوز ومثل
هذا الاختلاف الضمني جار في عامة المسائل الاختلافية غير مانع
عن نفاذ حكم الحاكم على احد المذاهب الا في مسائل مخصوصة والثاني ان
يكون الاختلاف اولا وبالذات في نفس القضاء كالاختلاف في جواز القضاء
على الغائب وجواز قضاء الاعمى والمحدود في القذف وهذا الاختلاف
هو الذي لا ينفذ فيه قضاء القاضي الاول باحد المذاهب ما لم يتقوى بقضاء
القاضي وتنفيذه ولا ريب ان الاختلاف في حجر السفيه من قبيل الاول
اذ المذكور في عامة كتب الشرع من معتبرات علمي الاصل والفرع
هو الاختلاف في حجر السفيه لا في القضاء بالحجر الا ان يقال نعم ان المحكي
في المعتبرات هو اختلافهم في جواز الحجر لا في جواز القضاء به الا ان
الحجر فعل القاضي على ما يرشدك اليه وضع المسئلة ههنا في حجر القاضي
ثم فرض كون الحجر قضاء فالاختلاف في الحجر يكون اختلافا في نفس
القضاء لكن هذا الجواب لا يمشي الا على رأي ابي يوسف رح فان
محمدا ذهب الى ان الحجر يحصل بنفس السفه من غير توقف على فعل القاضي
خلافا لابي يوسف رحمه الله تعالى فان عنده يحصل بفعل القاضي فالاختلاف
في قضاء القاضي بالحجر على رأي محمد رحمه الله لا يكون اختلافا في نفس
القضاء كما لا يخفى **قال** المص حتى لو نفذ تصرفه بعد الحجر قال الاتقاني رحمه
حتى قالوا لو قضى قاض بالحجر ورفع الامر الى قاض آخر ورأى القاضي
الثاني قضاء الاول بالحجر نافذا وقضى بالحجر نفذ ايضا قضاؤه
كما اذا كان السفيه غير معسر يدعي عليه النفقة وانه له مالا وهبه من غيره
فانكر السفيه وجوب النفقة عليه لعدم المال فقضى القاضي بالحجر وبطلان
هبته ينفذ قضاؤه **اقول** فيه بحث فان المفهوم من سياق كلام المص

ان يكون كل من كون الحجر فتوى ليس بقضاء وكون الاختلاف فيه على تقدير كونه
قضاء في نفس القضاء مانعا مستقلا عن نفوذه ولا يخفى ان المستفيض
في كل من المسئلتين المذكورتين هو احد المانعين المذكورين والآخر كاف
في منع النفوذ توضيح ذلك ان كون الحجر فتوى ليس بقضاء مانع عن نفوذه
اذ النفوذ من خواص القضاء فاذا وجد هذا المانع لا يفيد امضاء المقضي له
يمتنع القول بالنفوذ وان قضى به عشرة من القضاة فان فائدة
تعدد القضاة عند كون الاختلاف في نفس القضاء انما يظهر بعد
وقوع القضاء وقد نص المص على انه فتوى وليس بقضاء نعم فرض
بعد ذلك احتمال كونه قضاء الا انه انما فرض ذلك لبيان ان ههنا
مانعا آخر للتنفيذ لا لتجويز ذلك الاحتمال في نفس الامر كما لا يخفى ولا يذهب
على ذي مسكة ان هذا الاشكال يرد على كلام المص ايضا في هذا
المقام الا انه يدفع بان مراده من قوله حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر
الى ان يرفع التصرف على وجه يوجد فيه المقضي له والمقضي عليه وحمل
كلام الاتقاني على ذلك عسير جدا فانه جعل هذه المسئلة قابلا
لمسئلة وجود الدعوى والانكار فالظاهر ان لا يفرض في المسئلة
الاولى وجودهما كما لا يفرض في الثانية تعدد القضاء فتقرر هذا
ما يرد على المسئلة الاولى ويرد على المسئلة الثانية ايضا
ان كون الاختلاف في نفس القضاء مانع مستقل عن النفوذ والحجر
من قبيل ما يكون الاختلاف فيه اختلافا في نفس القضاء كما سبق
ذلك كله وفرض وجود الدعوى والانكار لا يجدي الا دفع
احتمال كونه قضاء وتجدد زوال ذلك الاحتمال غير مفيد في النفوذ
لبقاء المانع الآخر فكان ينبغي ان لا ينفذ القضاء بالحجر في المسئلة
الثانية ما لم يتعدد القضاء وقد لاح بما ذكرنا ما يدفع الاشكال
عن المسئلة الثانية وهو ان كون الاختلاف في الحجر اختلافا
في نفس القضاء ليس الا في الحجر على مذهب ابي يوسف وهو فعل القاضي

على ما سبق تحقيقه والمقصود من قضاء القاضي بالحجر في المسئلة
الثانية القضاء بالحجر على راي محمد رح بمنع حكم القاضي على السفيه
بانه محجور شرعا لسفهه بدليل انه ابطال التصرف السابق انما يكون
على رأيه واما على راي ابي يوسف فانما يبطل التصرف الواقع بعد الحجر
وقد فرض في المسئلة الثانية ابطال الهبة السابقة هذا ولكن
لا يخفى على ذي مسكة ان ما ذكره لا يدفع المقصود عن الاتقاني حيث
ذكر
مسئلة متفرعة على الحجر على راي محمد تفريعا على مسئلة الحجر على راي
ابي يوسف فليتامل **قوله** وتسامح عبارته في الجمع بين لا وابد
وحتى ظاهر **اقول** ان قوله لا يسلم اليه ماله حتى يونس منه في قوة
ان يقال لا يسلم اليه ماله حتى يونس منه الرشد فجاز الاتيان
بلفظ الابد مرادا منه معناه الظاهر ليكون المعنى ان لم يونس
منه الرشد لا يدفع اليه ماله اصلا في زمن من الازمان فهذا هو
المعنى الظاهر الموافق للمقصود واما ما ذكره الحق الفاضل من ان الابد
بمعنى الزمان الممتد فليس بسديد فانه غير موافق لمعنى المقام
اذ المقصود بيان انه ان اونس منه الرشد يدفع اليه ماله سواء
كان الزمان كثيرا او قصيرا وان لم يونس لا يسلم اليه اصلا **ثم اقول**
لا يحتمل ان يكون حتى ههنا تعليلية فيكون معناه لا يدفع اليه ماله
ابدا ليشادد ويزجر عما هو عليه من التبذير بناء على ان ذكر لا بد با
رأيهما فان الحجر ومنع المال كلاهما على راي الامامين نظرا للسفيه
لا تاديبا وعقوبة سلمنا ان علة المنع السفه اعترض عليه بعض الاجلة
بما حاصله ان في ذلك تجويز تخلف العلة عن المعلول **وانا اقول**
الباطل هو لزوم تخلف المعلول عن علته التامة وليس في تسليم
كون العلة السفه تسليم كون العلة هي السفه وحده تامل **قوله**
اجيب بان الشرط يوجب الوجود عند الوجود لا العدم عند العدم
يعني الشرط الجعلي النحوي وهو التعليق لا الشرط المنطقي وهو الخارج

الموقوف

الموقوف عليه فانه يقتضي العدم عند العدم لا الوجود عند الوجود كما تقرر
في موضعه لكن يرد على هذا الجواب انه عدل عن الصواب لان اباحة
دفع اموال السفهاء اليهم مرفوعة بقوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالكم
ثم لما علق الامر بالدفع بايناس الرشد كان قوله تعالى فادفعوا
اليهم اموالهم ساكتا عن جواز الدفع حال عدم ايناس الرشد
وان لم يكن ناطقا عندنا بعدم جوازه فبقي حكم صورة عدم الايناس
على الاصل وهو الحرمة ههنا فتامل **قوله** وقد وجد ذكرا اذ اقل
الانسان الجهل لحالة **قلت** المراد منه الانسان العاقل اذ الكلام
في السفيه والعقل ماخوذ من معنى السفه شرعا على ما سبق فلا يرد
عليه ما ذكره بعض الاجلة بقوله في الجواب بحث لان كونه متناهيا
في الاصالة عند وصول تلك المدة لا يقتضي رشد الحصول ذلك
في المجنون ايضا مع عدم تصور الرشد فيه ولا يرد ايضا ما اورده
بقوله سلمناه لكن لا يوافق قول ابي حنيفة في وضع المسئلة من انه
اذا بلغ خمسا وعشرين سنة سلم اليه ماله وان لم يونس منه
الرشد انتهى بناء على ان المنفي في وضع المسئلة عدم الرشد الحقيقي
والمدعى وجوده عند بلوغ هذه المدة الرشد الحكمي كما انه قال ان العاقل
اذا بلغ هذه الحالة يونس منه الرشد غالبا فادير الحكم وجعل موجودا
حكما كان هذا المعترض طرق امثال قوله تعالى وما رميت اذ رميت
ولكن الله رمى **قوله** ارادت التفريع الذي ذكره القدوري
اقول الحق عندي انه لم يرد للمص توجيه التفريع بالفاء الواقع في قول
القدوري فاذا باع لا ينفذ فان مثل هذا للمص لا ينقل المسئلة ثم يتكلم
بما يتعلق بها مما يتعلق بلفظها او معناها وانما اراد به التنبيه
لا بيان فيه
قبل الخوض في مسائل الباب على ان تخريج الفروع في هذا الباب الا على
اصلها فان ابا حنيفة لما لم يقل بهذا الحجر اصلا لم يكن لتصرفات السفيه
عنده حكم مستقل بل كانت تصرفاته كتصرفات الرشيد في الصحة

والنفاذ ويؤيده انه قال فيما سيجيء عند تمام المسائل وقد ذكرنا
في المتفرقات اتم من هذا في كفاية المنتهى **قوله** واستدل على الجواز
والتوقف بقوله لان ركن التصرف اعترض عليه الحبر الفاضل رحمه الله
بقوله هذا انما يدل على الجواز فقط واجاب عنه بعض الاجلة حيث قال
يمكن ان يحمل كلام صاحب العناية ههنا على ان المص استدل على الجواز
والتوقف بقوله لان ركن التصرف وجد الخ اي استدل على الجواز بقوله
والتوقف للنظر فحصل من المجموع الاستدلال على الجواز والتوقف معا
وان كان الحاصل من اول قوله هو الاستدلال على الجواز فقط
اقول كون معنى كلام الشارح ما ذكره الفاضل المذكور لا يبقى مما فيه
شائبة الاشتباه الا ان الحبر الفاضل رحمه الله يمنع كون الشيء
من الكلام المذكور سوقا من جانب المص لتعليل التوقف ولا يخفى ان
الحق في جانبه فان التوقف بمعنى عدم النفاذ مذكور فيما سبق
بقوله فعندهما المحجور لا ينفذ بيعه وقد استدل على ذلك بقوله
لتوفير الفائدة المحجور عليه على ما افصح عنه الشارح نفسه هناك
فعندهما المحجور لا ينفذ بيعه اذا باع لبطل فائدة الحجر عليه
فيكون موقوفا انتهى ثم لما كان عدم النفاذ محتملا للبطلان
والانعقاد اشار المص الى انه ينعقد ويجوز ولا يبطل بالكلية الا
انه يتوقف على راي الحاكم بقوله وان كان فيه مصلحة اجازه الحاكم
وبين وجه الانعقاد بقوله لان ركن التصرف وجد ثم لما احتمل
ان يقال لو كان منعقدا لكان نافذا دفع هذا المقدار بقوله
والتوقف للنظر له فلم يكن قوله والتوقف للنظر له استدلالا على وجود
على وجود التوقف بل دفعا لما يرد على دليل الانعقاد فتامل **قوله**
بل احترز عن قولهما في سائر التصرفات اي دفعا لاحتمال ان يكون
قولهما في هذا التصرف كقولهما في سائر التصرفات يعني ان المص
انما تعرض لذكر قولهما ولم يجر على ما هو معتاده في ذكر المسائل الاتفاقية

من

من افادة الاتفاق بعدم التعرض لذكر احد من الائمة دفعا لما عسى يتوهم
من ان يكون قولهما في هذا التصرف وعدم النفاذ قياسا على قولهما
في سائر التصرفات ولما لم يحتمل مثل هذا التوهم في مذهب ابي حنيفة رحمه الله
لان قوله في سائر تصرفات السفيه ايضا النفاذ جرى في عدم ذكره
على المعتاد فيكون تخصيص قولهما بالذكر وعدم التعميم بعدم ذكر احد
من الائمة للاحتراز عن قولهما في سائر التصرفات هذا هو مراد الش رح
فلا وجه لما اورده الحبر الفاضل رح بقوله فيه ما فيه حيث لا يظهر وجه
الاحتراز عن قولهما في سائر التصرفات بل هو احتراز عن قول الشافعي
ليس الا كما يدل عليه تصريحه بخلاف الشافعي رح انتهى وانت قد احطت
خبرا بوجه الاحتراز فتامل **قوله** والجواب عن الاول ان القضاء بالحجر
عن التصرفات الحالية فيما يرجع الى الاتلاف يستلزم عدم الكفارات
اعترض عليه بعض الاجلة حيث قال في الجواب عن الاول والثاني على الوجه
المذكور بحث اما في الجواب عن الاول فلان حاصل الجواب بيان عدم تنفيذ
الامور المذكورة من السفيه وهذا لا يجدي شيئا فيه لان حاصل
البحث كما ترى نقض دليل قولهما ان كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه
السفه وما لا فلا بعدم تنفيذ القاضي تصرف السفيه في الكفارات والنذر
مع عدم تأثير الهزل فما ذكره في الجواب يقوي البحث فضلا عن ان يدفعه
واما في الجواب الثاني فلان **اقول** حاصل الجواب في الموضعين ان تخلف النفاذ
في الصورتين من قبيل التخلف لمانع وقيد عدم المانع في الاحكام الكلية
غير لازم وقد مر مثل هذا في صدر كتاب الوكالة **قوله** وانما المعهود
ان يجب لغير المعتوه **اقول** فيه نظر فانه ذكر في الفتاوى الخانية مسئلة تدل
على وجوب السعاية حقا للمعتوه حيث قال عبد اخذ مولاه في موضع خال
فقال له ان اعتقتني والا قتلتك فاعتقه مخافة القتل فانه يعتق ويسعى
في قيمته لمولاه والباقي على ملك المولى لا يستوجب المولى عليه دينا
قال الحبر الفاضل رحمه الله ولا ينتقض بالمكاتب لانه على خلاف القياس

ولا يخفى ان الجواب المذكور لا يدفع الاعتضاد على هذا الوجه **قال**
ولان الفاسق من اهل الولاية عندنا لاسلامه فيكون وليا للتصرف
اعترض عليه بعض الاجلة حيث قال يرد عليه النقض بالسفيه المصلح في دينه
دون ماله على قولهما لا محالة لان الاسلام فيه ايضا متحقق بل هو
اقوى فيلزم ان يكون من اهل الولاية فينبغي ان يكون وليا للتصرف
ايضا غير محجور عليه **اقول** لا يذهب عليك ان النقض المذكور غير وارد
اصلا فان حاصل التعليل المذكور ان الفسق لا يعدم الاهلية
الثابتة بالاسلام وان من وجد منه اصل الاسلام لا يستحق
العقوبة بالحجر وان كان فاسقا لان الاسلام يوجب نفاذ
التصرف وان وجد في المسلم ما يوجب الحجر فلا يرد النقض
بالسفيه فانه وان كان يجوز تصرفاته لاسلامه الا انه لما كان
مبذرا متلفا اقتضى النظر له حجره وعدم تنفيذ تصرفاته
قوله ورد به ان ذلك لمنع المال وليس النزاع فيه قال الحبر
الفاضل رح ويجوز ان يقال يفهم منه الحجر ايضا بطريق الدلالة
والاولى نفي المنع كما سبق من دليلهما قال بعض الاجلة اقول
ويجوز ان يرد هذا ايضا بان الحجر ابلغ من حجر المال في العقوبة
كما مر في دليل ابي حنيفة رح على عدم الحجر على السفيه فاني يفهم
من منع المال الحجر بطريق الدلالة وان منع المال مفيد لان غالب
السفه في الهبات والصدقات وذلك يتوقف على اليد كما مر فيسقط
قول ذلك القائل ههنا والاولى نفي المنع **اقول** فيه بحث اما اولا
فلانه لما كان الحجر على المغفل ايضا على راي الامامين دون ابي حنيفة
كان التوجيه على وجه ينتظم على مذهبهما كافيا في الخروج عن عهدة
التعليل فلما اورد على المسئلة عدم حجر النبي عليه السلام
ثم اجيب بان الحجر عليه ثابت بدليل قوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء
اموالكم ورد الجواب المذكور بان ذلك يقتضي منع المال لا الحجر

اجاب الحبر الفاضل رح عن طرفهما عن ذلك الرد بانه لا فرق عندهما
بين المنع عن المال والحجر وان المنع لا يفيد بدونه وهذا توجيه وجيه
لا غبار فيه والخاتم لدليلهما على رأيهما بتقرير الامكان واما ورد
ما اورد من جانب ابي حنيفة رح فهو كلام آخر لا يخل بالمرام كما لا يخفى
على اولي الافهام ولا غبار في ذلك على الحبر الفاضل واما ثانيا
فلان قوله وان منع المال منه مفيد لان غالب السفه في الهبات
والصدقات منظور فيه لان الكلام ههنا في المغفل الذي ذكر بل الظاهر
من ظاهر تفسيرهم للمغفل بقولهم من يغبن في التجارة ولا يصبر عنها
لسلامة قلبه انتهى ان لا يكون تضييع المال في المغفل بطريق الهبة
والصدقة فليتأمل **فصل في حد البلوغ** **قوله** وفي الاصطلاح
انتهاء حد الصغر اي انتهاء الصغر الى منتهى مراتب الصغر وهو
الكبر فالمصدر مضاف الى المفعول كما في قوله تعالى تربص اربعة اشهر
والانتهاء بمعنى الوصول لا كما ظنه بعض الاجلة حيث قال وفي الاصطلاح
انتهاء الصغر وقال فيما نقل عنه لفظ العناية وفي الاصطلاح انتهاء
الصغر وفيه تسامح لان حد الشيء منتهاه كما ذكر في كتب اللغة فيأول
لفظ الحد ان البلوغ في الاصطلاح انتهاء منتهى الصغر ولا يخفى ما فيه
كلامه انتهى كلامه وفهم ان عبارة الشارح اولى لتضمنه بيان وجه
المناسبة بين معناه اللغوي والاصطلاحي من جهة كون الانتهاء
في عبارته بمعنى الوصول والبلوغ بخلاف عبارة الفاضل المذكور فانها
خالية عن الاشارة اليه لكون الانتهاء في عبارته بمعنى التمام والانقضاء
كما لا يخفى على المتامل **قال** المص وادنى المدة لذلك في حق الغلام
اقول لا يخفى ما في التخلل بين تفصيل دليل البلوغ بالعلامة وتفصيل
دليل البلوغ بالسن بهذه المسئلة فكان الاولى ان يذكرها قبل
قوله اما العلامة فلان البلوغ الخ **قال** المص وهذا اقل ما قيل فيه
فيبنى الحكم عليه للتيقن به اي للتيقن بوجوب اجراء احكام الصبا من دفع

المال عنه

بحجره عن التصرفات الشرعية اما بطريق الابطال عن اصلها كما في النكاح
والطلاق والعتاق وبطريق التوقيف على اذن الولي كما في البيع
والشراء وجواز تصرف ابيه ووصيه في ماله في هذه المدة فان كل من
فسر الرشد بثماني عشرة سنة وفسره بعشرين او بخمس وعشرين قائل
بوجوب اجراء تلك الاحكام الى ثماني عشرة سنة فان مدة الحال لا كثر
نقص مدة الثمانية عشر فحاصل جواب ابي حنيفة رحمه الله ان اجراء الاحكام
الصبا الى تلك المدة لما كان متفقا عليه بخلاف ما بعدها اجرينا تلك
الاحكام الى تلك الاحكام للتيقن ثم اجرينا احكام البلوغ لوقوع الشك
في صباه فان من فسره بالاكثر منفرد بالقول بوجوب اجرائها الى الاكثر
فلا يرد على هذا الدليل شيء من الاشكال كما ظنه من قال يرد على قوله
للتيقن به اعتراض قوي لانه ان قيل قد تقرر ان اليقين لا يزول بالشك
ووجوب اجراء احكام الصبا على الصبي الى ثماني عشرة سنة كان متيقنا
للتيقن بصباه ثم وقع فيه شك الى الاكثر ما قيل في نفيه فكان يجب ان يجري
الاحكام المذكورة عليه في تلك المدة قلت التحقيق في جوابه ان لنا يقينا
آخر وهو ان الآدمي من حيث هو آدمي قادر على التصرف في ماله
بنفسه ولا يقدر غيره على ان يتصرف في ماله الا باذنه وانما ترك
هذا اليقين في حق الصبي وامثاله لانه عارضه يقين آخر وهو
ما ثبت بدلالة الدلائل الدالة على حجره فذلك في الصبي ومثاله
فاذا وقع الشك في صباه ظهر اليقين الاول لخلوصه عن المعارض
باب الحجر بسبب الدين قال فلا يجوز له في ضرر خاص وهو ضرر
الدائن فان قلت العبد المحجور له في ضرر خاص وهو ضرر المولى قلت
لا يخفى ان العبد اهدار اهليته وآدميته بالكفر كذا قيل والمراد
من اهدار العبد ما يعم اهداره بنفسه او اهدار من هو رقيق تبعا
للكلام وكذا المراد من اهدار الاهلية اهدار ظهور الاهلية او اهدار
الاهلية الظاهرة فان العبد وان كان اهلا للتصرف في حالة الحجر على

في كتاب الاذن الا ان تلك الاهلية غير ظاهرة قبل الاذن فلا يرد على كلام
المص شيء قوله فلا يترك الاعلى للادنى قال الجد الفاضل رحمه الله فيه
بحث ولعل العبارة فلا يرتكب وقوله فلا يترك سهو من الناسخ ربما
يقال في تصحيح النسخة المشهورة مراده ان الحجر لا يرتكب الا اذا كان فيه
دفع الضرر الاعلى واختيار الضرر الادنى كما في حجر المفتي الماجن ومثله
حيث يرتكب فيه ضرر المحجور لما فيه من دفع الضرر عن عامة الناس وفيما نحن
فيه ضرر الحجر اعلى من ضرر الدائن فلا يترك الاعلى للادنى اي فلا يكون
في هذا الحجر ترك الاعلى للادنى بل العكس فتامل قوله فالجواب ان
ضرر الدائن يندفع بالحبس قال بعض الاجلة حاصل السؤال منع كون
اهدار الاهلية اعلى ضررا من الحبس والحبس اعلى ضررا من ضرر
الدائن مستندا بكونهما في تخصيص دون شخص واحد وحاصل الجواب
اثبات المقدمة الممنوعة بطريق قياس المساواة بحيث يظهر منه بطلان
السند ايضا تقريره ان اهدار الاهلية اعلى ضررا من الحبس والحبس
اعلى ضررا من ضرر الدائن ينتج ان اهدار الاهلية اعلى ضررا من الدائن
بملاحظة مقدمة مطوية هي ان الاعلى من الاعلى من الشيء اعلى من ذلك
الشيء ولا شك ان هذا القياس يقتضي كون اهدار الاهلية اعلى
ضررا من الدائن وان كانا في تخصيص فسقط المنع وبطل السند اقول
لا يخفى ان ثبوت المقدمة الممنوعة من الدليل الذي ذكره من وجه لا من مجرد
ما ذكره هذا الفاضل والآخر ان ضرر الدائن لما كان يندفع بالحبس
كان الحبس اعلى من ضرر الدائن والحبس ضرر يلحق المديون فعلم ان كون
احد الضررين اعلى من الآخر لا يتوقف على ان يكون كل من الضررين
لواحد قوله ولو لم يكن اعلى لما اندفع به ضرر الدائن الظاهر ان لو
شرطية ومآل الكلام الاستدلال على كون الحبس اعلى من ضرر الدائن
باندفاع ضرر الدائن به ولا يخفى بطلان هذا الاستدلال اذ المراد
من كون احد الضررين اعلى من الآخر ان لحوق الالم للمتضرر باحدهما

اكثر من الجوقة الآخر ولا يخفى عليك ان اندفاع احد الضررين بالآخر
في صورة كون الضررين في شخصين مختلفين لا يدل على كون الحبس
اعلى من ضرر الدائن بهذا المعنى على ما يشهد به الذوق السليم والطبع
المستقيم الا ترى اذا هم احد بقتل عدوه فحبسه السلطان وخلصه
من سائره بمنع القتل بالحبس وهل يقول احد بان ضرر الحبس اعلى
من ضرر القتل قوله وان كان لاهل المرتهن فيه الحاكم لانه نوع حجر
يعني ان تصرف الحاكم في مال المديون المحجور فانه على ما سبق هو منع
المحجور عن التصرفات بمعنى ان التصرف الصادر منه اما لبطلانه
او توقفه وتصرف الحاكم ليس في ذلك بعينه الا انه مستلزم له فانه
اذا باع القاضي مال المديون ونفذ بيعه شرعا يتضمن هذا البيع
ممنوعية المديون عن التصرف في ذلك المال وخروجه عن ملكه على الوجه
الشرعي قال المص فلا تجارة لا عن تراض فيكون باطلا بالنص اقول
الاجبار على البيع موجود في الشرع كما في العبد المسلم للذمي حيث يجبر
على البيع وكذلك كالعبد والامة العاجزين عن الكسب اذا امتنع
مولاهما عن الانفاق عليهما اجبر على بيعهما كما سبق في آخر باب النفقة
قوله ومنعه من البيع والتصرف والاقرار لعل النسخة الصحيحة
هي التصدق والنسخة المشهورة من تصرفات النساخ وانما جمع بين
هذه التصرفات الثلثة ليحصل الاشارة الى انواع التصرفات معاوضة
كالبيع او تبرعا اخبار الكائنات او انشاء قال الحلواني قال الظاهر انه
ينطلق بذكرنا او بلا بغيرها فلا يرد ما ذكره بعض الاجلة قال
فيصلح للدفع لا لابطال الحق لا يخفى ان كلا من حق المطالبة وحق الملازمة
حق ثابت للدائن بنفس الدين فيمنع كل منهما شهادتهما ابطال من وجه
ودفع من وجه فما وجه الفرق قال اذ الاصل هو العسرة قلت
هذا الدين لا يجري فيما اذا كان الدين لزمه بدلا عن مال حصل في يده
كثمن مبيع او التزمه بعقد كالمهر والكفالة لانه اذا حصل المال في يده

ثبت غناه واقدامه على التزامه باختياره دليل يساره فالمؤكد
على هذا في تلك الصور ثبت اليسار لا ثبت الاعسار فتامل

كتاب المأذون قوله وهو في اللغة عبارة
عن الاعلام اقول قال الامام الراغب في مفردات القرآن الاذان
والاذن في الشيء اعلام باجازته والرخصة فيه انتهى فاندفع
ما ذكره بعض الاجلة الاعلام في هذا المقام ثم انه انما اورده
على كلام الزيلعي كلاما من وجه آخر اذ ليس في كلامه دلالة على
اتحاد الاذن والاذان بل المفهوم ان بينهما مناسبة من جهة
المعنى وان الاشتقاق الكبير يجمعهما فتامل قوله وفي الشرع
فك الحجر واسقاط الحق عندنا اقول قال الامام الراغب لا يرد
على هذا التعريف انه لا يشمل اذن الصبي لانه يحتمل ان يراد بالحق
حق المنع لا حق المولى فيشمل الكل فلا وجه لما اورده الفاضل
على هذا التعريف جدا نعم يرد على ظاهره ان يقال ان الاذن لا يسمى
اذنا في الشرع ما لم يتحقق قبل العلم على ما افصح عنه بعض الشراح
فيما سيجيء منهم الاتقاني حيث قال واذا اذن الرجل لعبده في التجارة
فاشترى وباع وهو لا يعلم باذن المولى ولم يعلم به احد فهو ليس
بماذون ولا يجوز شيء من ذلك لان الاذن لا يسمى اذنا بدون العلم
انتهى فكان الصواب ان يذكر فيه قيد يدل على العلم به الا ان جوابه
ظاهر فانه اذا لم ينفذ تصرفاته بدون العلم كما نص عليه الفاضل المذكور
علم انه لا يتحقق فك الحجر بدونه فقيد الفك كاف في صورة عدم العلم
كما لا يخفى قال العلامة في اصلاح الوقاية الحجر في التجارة وقال
في ايضاحه لا بد من هذا القيد لان الحجر لا ينفك عن العبد المأذون
في غير باب التجارة اقول لا يخفى على ذي مسكة ان المشايخ الكرام
انما لم يذكروا هذا القيد في التعريف لانهم ارادوا تعريف مطلق
الاذن المعتبر في الشرع وانه خبير بان ذكر المختص بالتجارة

نعم ان العبد المأذون لا يقدر على ما ليس بتجارة كالتزوج لكن المراد منه
ان العبد المأذون في التجارة لا يقدر عليه على ما يفهم ذلك ايضا
مما سيجيء فلو اذن لعبده في النكاح يصح له ذلك ويسمى ذلك
اذنا ويعتبر به في الشرع نعم في كلام صاحب النهاية قصور حيث
قال فالاذن في التجارة عبارة عن فك الحجر الثابت بالرق ورفع
المانع عن التصرف الخ حيث خصص الحكم بالاذن في التجارة
ثم عمم فك الحجر ورفع المانع عن التصرف في الحد فليتأمل **قوله**
فان المولى اذا اذن لعبده اسقط حق نفسه قال بعض الاجلة
بعد نقل هذا الكلام وما ذكره سائر الشراح في هذا المقام
قال صاحب الايضاح والاصلاح المراد بالحق ههنا حق المنع
لا حق المولى لانه مع اختصاصه باذن العبد غير صحيح لان
حق المولى لا يسقط بالاذن ولذلك يأخذ من كسبه جبرا على ما سيأتي
والمسقط هو المولى ان كان المأذون رقيقا والولي ان كان
صبيا **اقول** فيه نظر اما اولا فلان كون المراد بالحق ههنا
هو المنع لا ينافي كونه حق المولى بل يقتضيه لان حق المنع
المتعلق بالعبد هو حق المولى لا حق غيره واما ثانيا فلانه
ان اراد بقوله لان حق المولى لا يسقط بالاذن انه لا يسقط به
اصلا فممنوع كيف وسيأتي انه اذا لزمه ديون محيط بكسبه
ورقبته جميعا فيباع كل ذلك الخ **اقول** في كلام كل من كلاميه اما
الاول فلان مراد المعترض هو ان يقال في تفسير الحق الواقع في التعريف
هو حق المنع ليعم صورة اذن الصبي ايضا ويخص من الحقوق
بحق المنع وما ذكره المجيب من ان حق المنع المتعلق بالعبد هو حق
المولى لا يجدي في دفع هذا الايراد اذ لم يقل احد ان حق المنع
المتعلق بالعبد ليس حق المولى بل قالوا ان الحق الواقع في التعريف
ليس حق المنع المتعلق بالعبد وحده فتأمل نعم يرد على العلامة

ان يقال الحق الواقع في كلمات جمهور شراح الهداية والموافق لتفسير الحق الواقع
في التعريف بحق المولى بل اتى عقيب النص التعريف المذكور بقوله والعبد بعد
ذلك يتصرف لنفسه باهليته ذكر الشراح ايضا التفصيل المتعلق باذن
العبد فلا وجه للرد المذكور اللهم الا ان يقال اراد به الرد على صاحب
الكفاية حيث قال وفي الشرع فك الحجر واسقاط الحق وهو حق المولى
واما في الثاني من وجهين اما الاول فلان العلامة ان اراد ان الاذن
لا يقتضي سقوط حق المولى في جميع الصور وما ذكره المجيب من السقوط
في بعض الصور لا يجدي اذ لا يخفى ان الكلام من الطرد والعكس امر لازم
مقصود في التعريفات والحدود فما ذكره بقوله وان اراد به انه لا يسقط
به في الجملة كما اذا لم يحط به دين فمسلم لكن لا يجدي نفعا اذ ليس المراد
الى الكلام لا وجد له اصلا نعم يمكن دفع ما ذكره العلامة بان يكون المراد
من الحق حق المولى لا يقتضي ان يكون المراد منه ما يعم حق الاخذ من كسبه جبرا
حتى يتجه ما ذكره واما الجواب عنه بعد تسليم ان المراد منه ما يعم ذلك بان
وجوده في بعض الصور كاف في صحة التعريف فامر باطل سخيف اللهم
الا ان يكون يقال ليس مبنى جوابه المذكور على كفاية تحققه في صور التجريد في
دون بعض بل تحققه في جميع الصور على احتمال دون آخر وبينهما فرق
واما الثاني فلان مراد العلامة ان الاذن لا يقتضي سقوط حق المولى
بجملته بل يبقى في المأذون بعض حقوقه المبتنية وانما ذكر عدم سقوط حق
الاخذ في معرض التمثيل ولا يخفى ان السقوط المذكور لا يتحقق في صورة اصلا
ثم قال ذلك المجيب واما اختصاص حق المولى باذن العبد واعتبار غير اذن
الصبي على سبيل التبعية **اقول** ذلك ممنوع بل المفهوم مما فعله الجمهور
حيث عقدوا له فصلا على حدة قال صاحب النهاية واما حكمه فما هو التفسير
وهو فك الحجر الثابت بالرق شرعا الخ يعني ان ما ذكر في تفسير الاذن نفسه
منه حكمه المشروع من غير احتياج الى شيء وان كان بينهما فرق قليل كالفرق
الحاصل بين الكسر والانكسار فلا يرد عليه ما اورده بعض الاجلة الكرام

في بعض الاطناب والاسئام قوله فان قيل قال صاحب النهاية لا يصح
الاستدلال على عدم التخصيص والتوقيت بان الاذن عبارة عن فك الحجر
والاطلاق وتمليك اليد الا ترى ان تقليد القضاء اطلاق واثبات للولاية
ثم هو قابل للتخصيص وكذلك الاعارة والاجارة تمليك للمنفعة واثبات
لليد على اليد ثم هو قابل للتخصيص فيجب ان يكون هذا كذلك الخ اقول
ما ذكره غير وارد بل تعسف بارد اما اولا فلان مراد المص ليس الاستدلال
على عدم التخصيص والتوقيت بكون الاذن عبارة عن فك الحجر بل الامر
بالعكس حيث صحح كونه فكا للحجر واسقاطا للحق بعدم قبوله التاقيت
واما ثانيا فلان مبنى هذا السؤال على ان يكون استدلال المص على عدم
التخصيص بكون الاذن تمليكا واثباتا لملك اليد من المولى للعبد وهذا
فرية بلا مرية اذ ليس في كلام المص ما يدل على ان الحجر تمليك كيف وليس الامر
عندنا كذلك بل مدار استدلاله على انه فك واسقاط ولا يخفى ان شيئا
من القضاء والاعارة والاجارة ليس فكا واسقاطا فلا يقاس عليها
في قبول التوقيت قوله والصرف لا يتفاوت بين نوع ونوع يعني ان تعلق
الدين برقبته وكسبه كما يحصل في نوع يحصل في آخر الخ لانه يرد عليه جواز
ان يكون العبد عالما بالتجارة في نوع دون آخر فيقع في الغصص في
الآخر فلا بد من المصير الى ما ذكره فيما سيجيء قوله والعبد بعد ذلك يتصرف
لنفسه قال بعض الاجلة ان قيل المأذون عديم الاهلية لحكم التصرف
لان التصرفات الشرعية انما تراد لحكمها وهو ليس باهل لذلك
فلا يكون اهلا لسببه اجيب بان حكم التصرف ملك اليد والرقيق اهل
لذلك الخ قوله اقول فيه بحث لانهم ان ارادوا ان الرقيق له ملك اليد
باهليته الاصلية الذاتية كما هو المتبادر من كلامهم يشكل ما تقرر عندهم
من ان المكاتب مملوك لمولاه رقبته لا يدا والمدبر مملوك له يدا لا رقبة
والقن مملوك له رقبة ويدا فان الرقيق اذا كان مالكا لليد فكيف يكون
مملوكا لمولاه يدا في صورة ان كان قنا او مدبرا وان ارادوا ان له ملك اليد

باهليته

باهليته المكتسبة من مولاه بالاذن والمكاتبة فلا يتم التقريب الخ
اقول ارادوا ان للعبد اهلية اصلية ذاتية لملك اليد الا ان نفس ملك
اليد يثبت بالاذن المكتسب من المولى في المأذون والمكاتب
فلا اشكال اصلا لان المنافي للمملوكية يدا هو ثبوت المالكية
يدا بالفعل لا ثبوت الاهلية لها والمراد من قولهم المدبر والرقيق
مملوك يدا انهما كذلك قبل الاذن ويمكن ايضا ان يقال سلمنا
ان ملك اليد ثابت له بالفعل باهليته الاصلية الذاتية الا انه
لا يظهر قبل الاذن والمنافي للمملوكية يدا هو المالكية الظاهرة
هذا ولا يخفى على اصحاب الاذعان ان مفاسد قلة التامل مما لا يحيط
به نطاق البيان قال المص لان الاسقاطات لا تتوقت حتى يرد
على ظاهره ان تاجيل الدين ابراء موقت على ما سبق والابراء
من الاسقاطات فظهر ان الابراء يتوقت اقول في دفع ذلك
ان في الابراء معنى الاسقاط والتمليك ان يكون قبوله التوقيت
باعتبار التمليك يرشدك الى هذا ما ذكره الشارح في باب الصلح
من الدين حيث قال والفقه في ذلك ان في الابراء معنى الاسقاط
والتمليك اما في الاول فلانه لا يتوقف صحته على القبول كما في الطلاق
والعتاق والعفو عن القصاص واما الثاني فلانه يرتد بالرد
كما في سائر التمليكات الخ قوله وصح كونه يتصرف باهليته نفسه الخ
اجمع الشراح على ان في كلام المص ههنا لفا ونشرا غير مرتب
من حيث ان قوله وهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة تصحيح لقوله
والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته وقوله وهذا لا يقبل
التوقيت تصحيح لقوله اسقاط الحق والحق ان كلا من القولين
الاولين تصحيح لقوله اسقاط الحق فان الجزم بكونه اسقاطا
يتضمن القول بانه ليس بتوكيل واثبات للولاية من جانب المولى
فمن هذا الوجه ينشأ عدم رجوعه بما لحقه من العهدة على المولى على كونه

اسقاطا قوله من ماله قلت لا حاجة للتقييد كما ستقف عليه قوله
وقلنا جعل سكوته محجرًا لانه موضع بيان اذ الناس يعاملون العبد
اقول هذا بيان للمقتضي لجعل سكوته اذنا قوله وليس للمولى فيه ضرر
محقق بيان لانتفاء المانع فان الشيء لا يثبت ما لم يتحقق اقتضاء
المقتضي وانتفاء المانع قوله وفي ذلك اضرار بالمسلمين باتواء
حقهم قلت نفس التاخير ايضا ضرر وان لم يكن اتواء الحق قوله
لان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه اعترض عليه الجد الفاضل حيث قال
اذا كان لحوق الدين غير متحقق كان الضرر في حق الناس ايضا
متوهما فكيف يسقط به الحق الثابت للمولى على العبد وحرمة تعطيل
الجملة هذه اقول كون لحوق الدين في حق المولى متوهما لا يقتضي
ان يكون في حق الناس ايضا كذلك اذ قد سبق ان الظاهر هو ان
اول تصرف يباشره العبد المأذون هو الشراء اذ ليس له مال
حتى يبيعه فاذا ابتاع من رجل شيئا وباع ذلك الرجل ذلك المتاع منه
اغترارا بسكوت المولى يخرج المبيع عن ملك البائع ويتأخر مطالبة
الثمن الى ما بعد العتق لو لم يكن السكوت اذنا فبهذا الاحتمال صار
الضرر للناس بمنزلة المحقق بخلاف ضرر المولى فان في صورة الشراء
لا ضرر للمولى وان كان السكوت اذنا لان الثمن وان كان دينا
في ذمة العبد لكنه في مقابلة المبيع الداخل في ملكه وانما يتحقق الضرر
للمولى على بعض الاحتمالات بل يشير اليه ما ذكره المصنف فيما سيجيء
حيث قال ويتعلق الدين برقبته استيفاء ما مل على الحاصل في
هذا الوجه صلح غرضا للمولى ويندفع الضرر في حقه بدخول المبيع
في ملكه قوله اجيب بان الضرر الذي ذكره متحقق قال صاحب النهاية   في التصرف صح
في الجواب اما الجواب عن المسئلة الاولى فهو انا لم نجعل ذلك التصرف
بسكوت المولى لان تصرفه في ذلك العين الذي باع يقع على طريق الوكالة
والتوكيل لا يثبت بالسكوت ولكن يتحقق اذنا في الانواع كلها وكان

هذا

هذا بمنزلة ما اذا رأى المولى عبده المسلم يشتري شيئا بالخمر او بالخنزير
فسكت يصير العبد ماذونا في التجارة وان كان لا يجوز هذا الشراء
كذا هنا انتهى اقول هذا الجواب لا يحسم عرق الاشكال ولا يقطع
مادة الجدال فان عدم ثبوت التوكيل والاذن بمثل هذا السكوت
الناطق بلسان الحال الذي جعل اذنا لسائر التصرفات الواقعة بعده
مما لا يظهر وجهه واما ثبوت الاذن فيما ذكره من مسئلة البيع بالخمر
مع عدم جواز ذلك التصرف بعينه لوجود المانع عن الجواز شرعا لا لعدم
الاذن تامل قوله وكذا اذا رأى الاجنبي يبيع من ماله اقول جوابه
ظاهر فان السكوت انما يجعله اذنا اذا تحقق المقتضي على ما سبق
والمقتضي هو احتمال الافضاء الى لحوق دين يتعذر استيفاؤها
قبل العتق لا يوجد في صورة بيع الاجنبي لانه اذا لم يجعل السكوت
اذنا يمتنع المشتري من اداء الثمن اذ علم عدم اذنه قبل الاداء وان
علم بعد الاداء يطالبه وفيه ما فيه قوله لان بطلان ملكه عن الثمن
موقوف اقول جوابه ظاهر فان السكوت انما يجعل اذنا اذا تحقق
المقتضي على ما سبق والمقتضي هو احتمال الافضاء الى لحوق دين
يتعذر استيفاؤها قبل العتق لا يوجد في صورة بيع الاجنبي
لانه اذا لم يجعل السكوت اذنا يمتنع المشتري من اداء الثمن اذا علم
عدم اذنه قبل الاداء وان علم بعد الاداء يطالبه وفيه ما فيه قوله
لان بطلان ملكه عن الثمن موقوف اقول هذا الجواب لا يتمشى الا
على ظاهر الرواية فالاولى في الجواب ان يقال ان بطلان ملكه
عن الثمن ضرر محقق وبقاء ملكه في المبيع بخلاف ضرر المرتهن في بطلان ملكه
اليد فتامل قوله قال بعض الشارحين ناقلا عن مبسوط شيخ الاسلام
اقول خلاصة هذا الجواب هو ان السكوت انما يجعل اذنا فيما يلزم
فيه من عدم جعله اذنا ضرر للناس وهذا المعنى يوجد في عقود التجارات
كالشراء مثلا فانه اذا باع رجل للعبد شيئا مغترا بسكوت المولى يلزم

على تقدير عدم جعل هذا السكوت اذنا ضرر من حيث ان هذا التصرف
ينفذ في حق خروج المبيع عن ملك البائع ودخوله في ملك المولى
ولا ينفذ في حق ثبوت حق مطالبة الثمن للبائع قبل عتق العبد
بخلاف النكاح فانه موقوف بعد المباشرة ايضا على اذن المولى
من جميع الوجوه لا انه على ملك العبد المتزوج في صورة كون الزوج
عبدا منافع بضع المرأة ويتاخر المهر الى العتق او يجب المهر في رقبة
الزوج في صورة كونها الى في جارية ويتاخر حل الوطي الى العتق
بل في الصورتين اذا قبل المولى النكاح صار كما اذا جعل سكوتا اذنا
واذا لم يقبل ففي الصورة الاولى بقي منافع بضع المرأة مملوكة لها كما كانت
فتقدر على ان تتزوج بمن شاءت من الرجال وفي الصورة
الثانية لا يجب في ذمة الزوج شيء بسبب الجهل ما ذكره الاتقاني
حيث قال واما فيما نحن فيه لو لم يترجح جانب الرضا ولم يثبت
الاذن لا يمكن اعادة البائع الى رأس ماله لان شرا المحجور نافذ
فيزول عن ملكه فيتأخر حقه في الثمن الى ان يعتق العبد وفي ذلك
ضرر على البائع ونفي الضرر واجب فامكن ترجيح جانب الرضا على السخط
وليس كالنكاح لان الامة اذا تزوجت وسكت المولى لا يتضرر
به احد اذا لم يثبت الرضا والاجازة لان النكاح يكون موقوفا
واذا بقي النكاح موقوفا امكن فسخ النكاح واعادة كل واحد منهما
الى رأس ماله وكذلك اذا كان المتزوج هو العبد لانه اذا لم يثبت الاذن
لا يتضرر احد لانه لا ينفذ نكاح العبد بدون اذن المولى فيبقى نكاح
العبد موقوفا على اذن المولى فامكن فسخه واعادة المرأة الى رأس ماله
الخ ولا يخفى ان هذا الجواب موافق لمنهج الصواب سالما عن ورود
القادح والجارح غير متوجه عليه ما اورده الشارح نعم يرد عليه انه يقال
جاز ان يتزوج العبد امرأة وتمكنه المرأة من وطئها لظن انه
مأذون ثم اذا علمت بعدم الاذن ليس لها ان تطالبه بالمهر قبل العتق

على ما تقرر في موضعه فيمكن احتمال الضرر من هذا الوجه لكنه مدفوع بان
مثل ذلك ليس بضرر معتد به شرعا **قوله** قيل فيه نظر الى قوله وانما
الكلام في ان سكوته اجازة اولا **اقول** نعم ان الكلام في ذلك
الا ان السكوت انما يجعل اجازة عند وجود المقتضي فلم يكن سكوته
اذنا **قوله** ولعل الصواب ان يقال ان في ذلك ضررا محققا للمولى
اقول نعم ان الكلام ما ذكره الحسان وجود المانع عن جعل السكوت
في تلك الصورة اذنا اذ قد تحقق فيما مر ان الاصل ان لا يجعل المحتمل حجة
وانما يجعل ضرورة عند لزوم الضرر للناس وقد سبق انه لم يتحقق في
صورة النكاح هذا هو مراد الفاضل بقوله وعندي ان النظر
غير وارد لان كون السكوت اذنا كان لاجل دفع الضرر فحينئذ لا ضرر
يبقى على القياس وما اورده بعض الافاضل على الكلام المذكور بقوله كانه
لم يفهم مراد من اورد النظر اذ لا كلام في انه كون السكوت اذنا كان لاجل
دفع الضرر وانما هو في ان نكاح الرقيق هل فيه ضرر ام لا اذ لا شك
انه موقوف على اذن المولى فان كان سكوته اذنا في صورة تزويج الرقيق
هل فيه ضرر ام لا نفسه لم يكن كونه نكاحه موقوفا على اذنه عدم
ثبوت الضرر فيها الخ فمحل بحث من وجوه اما اولا فلان تحقق الضرر فيه
لا يترتب على كون سكوته اذنا بل كون سكوته مترتب على تحقق الضرر
كما احطت به خبرا فيما تقدم واما ثانيا فلانه قد تحقق فيما سبق
ان ارادة كون النكاح موقوفا لعدم الضرر فيه امر لا يمكن جحوده فا
اتجاه ما ذكره وورده واما ثالثا فلان لزوم المصادرة على
تقدير بناء عدم ثبوت الضرر على عدم كون سكوته اذنا محقق لانه
لم يقل به احد بل قيل بناء عدم كون سكوته اذنا على عدم الضرر وهذا
امر واقع لا ريب فيه ولعل مبنى كلماته المذكورة بحذافيرها على
ان المراد من الضرر ضرر المولى فان ضرر المولى في هذا النص مبني
على كون سكوته اذنا ان مرادهم ضرر الناس في دائرة الرد على التوهم

سنح لي

لا على المفهوم ونعم ما قال من قال، وكم من عائب قولا صحيحا
وآفته من الفهم السقيم، ثم ان من بديع الكلام ما ذكره صاحب النهاية
في هذا المقام حيث قال فاما مسئلة تزوج العبد فانا لو اثبتنا
الاذن تتضرر المرأة بزوال ملكها عن منافع بضعها للحال وهي
في حكم العين الخ وانت خبير بان المفروض هو ان تزوج المرأة نفسها
من العبد طوعا فكيف يتصور ان يكون في جعل سكوت المولى اذنا
بهذا النكاح الواقع بينهما بالطوع والرضا ضرر بالمرأة وهل يقول
به من له ادنى مسكة وانما المحتمل حصول الضرر للمولى في جعل سكوته
اذنا وحصوله للمرأة في عدم جعله اذنا كما عرفته **قوله** واذا اذن
المولى لعبده في التجارة اذنا عاما جاز تصرفه في سائر التجارات قد تقرر
في موضعه ان المفهوم معتبر في الروايات فتخصيص جواز تصرفه في جميع
التجارات بصورة كون الاذن عاما يقتضي عدمه في صورة التقييد
وسيجيء انه اذا اذن له في نوع منها دون غيره فهو مأذون في
جميعها عندنا وجوابه ان المراد بالجواز المذكور هو الجواز اجماعا
وذلك مخصوص بصورة التعميم على ما ذكره صدر الشريعة في شرح هذا
المقام من شرح الوقاية الا انه بقي شيء وهو ان الاذن اذا كان
بصورة الاطلاق دون التعميم والتقييد كما اذا قال اذنت لك في تجارة
فاما ان يلحق بصورة التعميم ايضا عند الشافعي او بصورة التقييد
فعلى الاول يرد على كلام القدوري انه لا وجه للتقييد بالتعميم ولا يجدي
ما ذكرنا من الجواب وعلى الثاني يرد على كلام الشريعة ان يقال لا يصح
التوجيه المذكور والظاهر ان المراد من التعميم ما يعم التعميم المصطلح
والاطلاق ويقابل التقييد وان صورة الاطلاق ملحق عند الشافعي
بصورة التعميم فلا يرد شيء لا على كلام القدوري ولا على صدر
الشريعة **قوله** اي بيع الاعيان **قلت** الظاهر ان يجعل الضمير
راجعا الى الكل من البيع والشراء وبالجملة ان المراد من كون بيع الاعيان

صح

اصل التجارة انه اصل بالنسبة الى جميع انواع التصرفات سواء كانت
بيع المنافع كالاجارات ولم يكن بيعا اصلا كالرهن والارتهان
وغير ذلك الا ترى ان قول المص ويرهن ويرتهن لانهما من توابع التجارة
فلا وجه لقصر الالحاق بصورة المنافع كما يفهم من كلام الشارح **قوله**
ولو آجر نفسه بالدراهم جاز كما سيجيء فكذا هذا **اقول** جواز اجارة
نفسه بالدراهم لا يقتضي جواز اجارته ببعض الخارج لان في صورة
الايجار ببعض الخارج لا يستحق شيئا اذا لم يحصل الخارج وبالجملة
ان الاولوية التي ذكرها في الصورة السابقة تقتضي عدم صحة هذا القياس
كما لا يخفى على الاذكياء والاكياس فتبصر **قال** ولنا ان نفسه رأس ماله
فيملك التصرف فيه الا اذا كان يتضمن ابطال الاذن **اقول** هذا
يخالف ما ذكره في كتاب الصلح حيث قال واذا قتل العبد المأذون
رجلا عمدا لم يجز له ان يصالح عن نفسه وان قتل عبد له رجلا
فصالحه جاز ووجه الفرق ان رقبته ليست من تجارته ولهذا
لا يملك التصرف فيه بيعا فكذا استخلاصا بمال المولى وصار
كالمولى انتهى ووجه التدافع غني عن البيان **قال** وعلى هذا الحكم
اذا نهاه عن التصرف في نوع آخر يحتمل هذا الكلام معنيين احدهما
احدهما ان يكون المراد بالنهي عن التصرف في الآخر النهي عنه بعد الاذن
الخاص كما يقول مثلا اعمل في البز ولا تعمل في غيره والآخر ان يكون
المراد النهي عنه بعد الاذن العام كان يقول اصنع ما شئت من التجارات
ثم يقول لا تعمل الا في البز ولفظ الآخر ينتظم كلا من المعنيين اما
المعنى الاول فظاهر واما المعنى الثاني فلان قوله لا تعمل الا في البز
نهي له عن التصرف في النوع الآخر اعني الغير فلا دلالة في ذكر
اللفظ على المعنى الاول كما زعمه بعض الاجلة وان كان هو ابا
عما حمله عليه صاحب العناية كما ستقف عليه ان شاء الله تعالى
قوله وكذا اذا اذن اذنا عاما ثم نهاه اعترض عليه بعض الاجلة

حيث قال هذا الشرح لا يطابق المشروح اذ المراد به ما قررناه آنفا
يدل عليه لفظ آخر في قول المص اذا نهاه عن التصرف في نوع آخر
ويا نجم لكن عما قاله صاحب العناية نفطا كيف ومسئلة الاذن العام
قد عرفت مع متنوعاتها في الصحيفة الاولى ونحن الآن بصدد بيان
مسئلة الاذن في نوع خاص فاوجه الخلط حديث الاذن العام
كما لا يخفى **اقول** فيه بحث اما اولا فلان لفظ آخر لا دلالة على ان
المراد بالنهي عن الآخر هو النهي الخاص اذ قد عرفت فيما سبق
انه ينتظم احتمال ان يكون المراد النهي بعد الاذن العام كان يقول
اولا اصنع ما شئت من التجارات ثم يقول لا تعمل الا في البز فانه
يصح ههنا ان يقال نهى عن التصرف في النوع الآخر نعم يأبى ذلك
عما ذكره صاحب العناية فان المفهوم منه ان يأذن اولا اذنا
عاما ثم يقول لا تعمل في البز وفي هذه الصورة اطلاق لفظ الآخر
على البز ليس يحسن اذ لم يذكر غيره صريحا حتى يقال انه آخر غير
ما فيه واما ثانيا فلان ما مر من متنوعاته في الصحيفة الاولى هو صورة
الاذن العام الذي لم يعقبه اصلا لا اولا ولا آخرا وهذه المسئلة
على تقدير ان يكون المراد منها ما ذهب اليه صاحب العناية هي مسئلة
الاذن العام المعقب بما يدل على التخصيص والتقييد وهي من فروع
الاذن العام نظرا الى الابتداء فلا وجه لحديث الخلط الواقع في كلام
المعترض اصلا **قال** المص ولنا انه اسقاط الحق وفك الحجر على ما
بيناه وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يختص بنوع اعترض
عليه بعض الاجلة حيث قال للقائل ان يقول ان اريد انه اسقاط
الحق بجملته وفك الحجر برمته فهو ممنوع كيف ولو كان كذلك لصح
هبته واقراضه ونحوهما من التبرعات وليس كذلك **اقول**
فيه بحث فان كون الاذن فك الحجر بجملته واسقاط الحق برمته
لا يقتضي صحة التبرعات من المأذون ولا يقول بذلك احد من

اشتبهت

اشتبهت عليه الشئون فان العبد المأذون عندنا انما يتصرف باهلية
نفسه ولا اهلية له الا بالتجارات والمنافع المحضة اذ قد سبق
ان اهلية التصرف انما تثبت للرقيق في حالة الرق ليقضي حاجته بما
يملكه ملك اليد بسبب التصرفات ولا يخفى ان ما يتوصل به الى ملك اليد
من التصرفات هو التجارات المترددة بين النفع والضرر وما يتمحض نفعا
من قبول الهبة واضرابه واما التبرعات كالهبة والقرض فلا يتوصل به
اليه فلا اهلية للعبد لها فلا يملكه المأذون وان اسقط المولى حقه
بجملته تأمل **قوله** واجيب بان الاذن فيه تصرف في ملك نفسه
الصواب ان يقال ان تقييد الاذن فيه تصرف في ملك نفسه اذ المحتمل
ان يكون التخصيص تصرفا في ملك الغير لا نفس الاذن كيف والمالكية
انما تظهر بنفس الاذن لا بتصرف **قوله** والرق اخراج العبد من اهلية
الولاية **اقول** المفهوم من هذا الجواب مخالفة ظاهرة لما تقرر
في مبحث الرق من عوارض الاهلية من الاصول من ان الرق لا يبطل
مالكية النكاح والحيوة والدم لان الرقيق ليس بمحل في هذه الاشياء
بل هو فيها مبقى على اصل الحرية الا انه يحتاج في النكاح الى اذن المولى
لما فيه من نقصان المالية بوجوب المهر للازوج بالمولى بمنع الاذن
وقد يتضرر المولى بغير مأخذه **اقول** لا ورود لهذا السؤال اصلا
فان المنفي هو عدم جعل السكوت اذنا في بعض الصور لما فيه من ضرر
المولى ولا يلزم منه ان لا يجعل الاذن المقيد عاما مع قيام الدليل
المقتضي للعموم وهو لزوم التصرف في ذلك الغير بمجرد لزوم الضرر
للمولى فان السكوت لما كان في نفسه امرا محتملا للرضا والسخط
على ما سبق ولا حجة مع الاحتمال وانما يجعل اذنا دفعا للضرر عن الناس
فاذا كان في جعله اذنا ضرر محقق للمولى يجري على مقتضى القياس
قوله اجيب بانه ضرر محقق **اقول** للقائل ان يقول كونه مظنونا
غير موهوم كاف في امثال هذا المقام والظن حاصل ههنا

فانّ تخصيص المولى اذنه بذلك النوع دليل على ما ذكر وهو اعلم
بحال عبده فليتأمل قوله وبالجملة اذا ثبت بالدليل انه يتصرف
باهليته ومالكيته فليس السؤال واردا والحاصل هذا الكلام
انّ احتمال ان يكون كون تصرف المرء متضمنا للضرر سببا لعدم
النفاذ ليس الا اذا تصرف لغيره كالمضارب والوكيل وغير ذلك
فاذا ثبت بالدليل انّ العبد المأذون يتصرف باهليته ومالكيته لا بطريق
النيابة والوكالة عن المولى فلا ضرر في ان يمضي العبد عند تصرفه
في غير ما خصه المولى فلا يرد على هذا الجواب الا ما اورده بعض الاجلة
بقوله لا شك ان المتصرف باهليته ومالكيته لا يملك الاضرار بالغير
اذ لا اضرار في الاسلام واما ما اورده بقوله واما ثانيا فلانه يرد
السؤال بطريق المعاوضة على ما ثبت بالدليل والا يلزم ان ينسد
باب المعاوضة بالكلية لانها اقامة الدليل على خلاف ما اقام عليه
المضي الدليل الخ فليس بوارد فان مبناه ظن ان مراد الشارح
من القول المذكور ان احد الطرفين مما ثبت بالدليل لا يسمع الدليل
عن الطرف الآخر وانت عرفت ان مراده ان الدليل المذكور في الطرف
الآخر لا يصلح للمعارضة لا انه لا يصح التعارض اصلا وفيه تأمل
قال لانه كالمحجور في حق يرد عليه ان ~~الصبي~~ العبد محجور حقيقة
في حق غير التجارات بالمحجور الذي لم يؤذن له في شيء اصلا فليتأمل
قال ولا يكاتب لانه ليست بتجارة اذ هي مبادلة المال بالمال والكتابة
ليست كذلك لان احد البدلين فيه فك الحجر وما ليس بتجارة
لا يتناوله الاذن بالتجارة وفيه بحث اما اولا فلانّ عدم
كون الكتابة من قبيل التجارات ليس بمتفق فانّ البيع من اعظم
انواع التجارة وقد نص الشارح في باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله
انّ الكتابة شبيهة بالبيع وان كان له بالنكاح ايضا وايضا
صرح في اواخر باب الكتابة الفاسدة يجوز احتمال ان تكون الكتابة

مبادلة المال بالمال حيث قال ولنا انه معاوضة مال بمال او بغير مال
لكن على وجه يسقط الملك فيه الخ فلا يكون المقطوع هنا باحد الاحتمالين
وجه التهم ان يقال انّ كونه معاوضة المال بغير المال بالنظر الى
العتق ولعدم كونه من التجارات بالنظر الى الابتداء كما في عدم
الجواز الا ترى ان الهبة بشرط العوض تبرع ابتداء ومعاوضة
المال بالمال انتهاء وسيجيء انه لا يجوز له ذلك او يقال ان التجارة
هي مبادلة المال بالمال على وجه يدخل كل من المالين في ملك احد المتعاقدين
والكتابة لما كان على الاحتمال الثاني ايضا مبادلة مال بمال على وجه
يسقط الملك فيه في احد الطرفين لم يجز له فتأمل واما ثانيا فلانّ
ما ذكره منقوض بالاجارة فانها ايضا مبادلة بغير المال على ما نص
عليه الشارح في مفتتح كتاب المكاتب حيث قال اورد عقد الكتابة
بعد عقد الاجارة لمناسبة انّ لكل واحد منهما عقدا يستفاد به المال
بمقابلة ما ليس بمال انتهى وقد نص عليه بنفسه فيما سيجيء على انّ
للمأذون قدرة على الاجارة ان قلت انّ الاجارة وان لم تكن
مبادلة المال بالمال حقيقة فان المنافع اعطيت لها حكم الاموال بايراد
العقد عليها على ما افصح عنه المصنف في كتاب الوصايا حيث قال ولان
المنفعة ليست بمال على اصلنا وفي تمليكها بالمال احداث صفة
المالية فيها تحقيقا للمساواة في عقد المعاوضة الخ قلت المالية
كما توجد في منافع البضع ايضا اذ قد صرحوا انّ منافع البضع مال
متقوم حال الدخول في الملك فالفرق بين النكاح والاجارة بحكم فليتأمل
فان الجواب الحاسم لعرق الشبهة ان يتوهم ما ذكره الشارح قبيل فصل
التجارة من كتاب الصلح حيث قال انّ ما عدا منافع البضع من المنافع
جعل مالا في كل وجه وعند ورود العقد عليها الخ واما ثالثا فلانّ
اذن العبد بالتجارة ان لم ينتظم الكتابة صراحة لعدم كونها تجارة
لكنه ينبغي ان ينتظمها دلالة لانّ عدم كون الكتابة مبادلة المال

بالمال ليس الا لعدم كون البدل الواصل من المولى الى العبد لا البدل
الواصل من العبد الى المولى فاذا رضي المولى بمباشرة تصرفات فيها
ادخال مال في ملكه بمقابلة اخراج مال آخر منه فرضاؤه بمباشرة
تصرفات فيه ادخال في ملكه من غير اخراج مال آخر من ملكه لا يكون محل الكلام
كما لا يخفى على اصحاب النهى والاحلام قال لانه لا يملك الكتابة
فالاعتاق اولى اقول هذا التعليل لا يجري في جميع صور الاعتاق
على مال فانه انما يجري في صورة ان يقول المولى لعبده انت حر على الف
درهم او بالف درهم حيث يحصل له العتق في هذه الصورة انما يعتق
العبد عند الاداء وهو احط رتبة من المكاتب حيث لا يثبت فيه
احكام الكتابة حتى لو مات [illegible] وترك وفاء فالمال لمولاه ولو مات المولى
فالعبد رقيق يورث مع ما في يده من الاكتساب ولو كانت امة فولدت
ثم ادت لم يعتق ولدها الى غير ذلك من الاحكام والظاهر
ان العلة الجارية في تلك الصورة ايضا عدم كونها تجارة وفيه
ما فيه قوله والمكاتب عبد ما بقي عليه درهم اقول وايضا يمكن
عود المكاتب الى الرق بتعجيز نفسه بخلاف المعتق على مال قوله
بخلاف بدل الكتابة فانه يؤدي في حال الرق فتتعلق به حقهم اقول
يعني عنهما والمقصود بيان الفرق بين الكتابة والعتق على مال
بالنظر الى منعهما فان كلا منهما يجوز باجازة المولى على رأيهما
وان كان العبد مديونا نهاية الامر ان المولى يضمن قيمة العبد
للغرماء ثم ان في صورة الكتابة تستوفي الغرماء بدل الكتابة لانه
بخلاف صورة الاعتاق على مال وما سبق من الحصر من تقييد نفاذ
الكتابة باجازة المولى بقوله ولا دين عليه انما هو على مذهب
ابي حنيفة رحمه الله فلا يرد عليه ما اورده الحبر الفاضل بقوله فيه
نوع تأمل فانه اذا كان مديونا لا يجوز الكتابة الا ان يكون
باداء الدين بعد الكتابة وفيه وجه آخر فتدبر انتهى الا ان يحمل

من الوجه الآخر على ما ذكرنا ولا يخفى ما فيه قال ولا يقرض لانه
تبرع محض كالهبة اقول هذا مخالف لما سبق في كتاب الهبة حيث
قال والقرض تبرع من وجه وعقد ضمان من وجه فشرطنا القبض
القاصر دون القسمة عملا بالشبهين انتهى فلو ان المولى اسقط هذا
التعليل من البين وعلل المحجوج بقوله لان كل تبرع يتصف به ابتداء
وانتهاء او ابتداء انتهى بان ادخل القرض فيما هو تبرع ابتداء
كالهبة بشرط العوض لكان اصوب فان القرض كذلك كما في تفسير
على ما افصح عنه قبيل باب الربوا من كتاب البيع حيث قال وكل دين
حال اذا اجله صاحبه صار مؤجلا لما ذكرنا الا القرض فان
تأجيله لا يصح لانه اعارة وصلة في الابتداء حتى يصح بلفظ
الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والصبي ومعاوضة
في الانتهاء انتهى قال وديونه متعلقة برقبته يباع للغرماء
قال اكثر الشراح فان قيل ما وجه البيع على قول ابي حنيفة
رحمه الله تعالى وهو لا يرى الحجر على الحر العاقل بسبب الدين
وبيع القاضي العبد بغير رضا مولاه حجر عليه اجيب بان ذلك
ليس بحجر عليه لانه كان قبل ذلك محجورا عن بيعه اذ لا يجوز للمولى
بيع العبد المديون بغير رضا الغرماء وحجر المحجور غير متصور
فكان كالتركة المستغرقة بالدين في جواز ان يبيعها القاضي
على الورثة اذا امتنعوا عن قضاء الدين فانه لا يعد حجرا لكونهم
محجورين عن بيعها قبل ذلك بغير رضا الغرماء اقول يرد على هذا
الجواب ان يقال ليس كون بيع القاضي مال المديون حجرا باعتبار
كونه سببا لزوال قدرة المديون على تصرف البيع بعينه حتى
يلزم من حصول زوال القدرة من المولى فيما نحن فيه قبل بيع القاضي
عبده المأذون المديون عدم كون بيع القاضي اياه حجرا بل لزوال
كل تصرف مقدور قبل بيع القاضي يقتضي حصول النفع في ذلك البيع

ولا يخفى ان المولى فيما نحن فيه كان يقدر على اعتاق عبده المأذون
المديون وتدبيره واتلافه الى غير ذلك من التصرفات وبيع
القاضي يتسبق عليه ذلك كله فيتحقق الحجر لا محالة على ان
هذا الجواب على تقدير سداده ليس مما يحسم مادة الاشكال
بالكلية لما ذكره بعض الجلة حيث قال لسائل ان يعيد الكلام
الى كون المولى محجورا عن بيعه قبل ذلك فانه يقتضي الحجر على الحر
العاقل بسبب الدين فيشكل على اصل ابي حنيفة رحمه الله انتهى
فالصواب في الجواب ان يقال ان الاذن الصادر من المولى
يتضمن الرضا بتعلق الدين بكسبه ورقبته على ما يفصح عنه
قول الشارح في مفتتح الكتاب لكن لما كان تصرفه يوجب تعلق
الدين برقبته او كسبه وذلك حق المولى فلا بد من اذنه
كيلا يبطل حقه من غير رضاه وتعلق الدين برقبته عبارة
عن جواز بيعه في الديون فابو حنيفة رحمه الله تعالى انما لا يرى
حجر العاقل عند عدم صدور الاذن والاجازة بخلاف ما نحن
فيه فليتأمل ثم قال ذلك الفاضل الجليل ثم ان الفرق بينه
وبين التركة المستغرقة بالدين ظاهر اذ لا يثبت الحكم للورثة
في التركة المستغرقة بالدين لان حق الغرماء مقدم على حق الورثة
ولهذا اذا اعتق الورثة عبدا من التركة المستغرقة بالدين
لا ينفذ اعتاقهم بخلاف المأذون الخ اقول على دفعه بان في
تأمل فان التركة المستغرقة بالديون لا اجنبيها على قسمين
قسم لا يفضل من قيمتها شيء اصلا وقسم يفضل من قيمتها شيء
للوارث ففي القسم الاول عدم ثبوت الملك للورثة مسلم بخلاف
القسم الثاني قوله اشارة الى دفع الضرر اقول فيكون بيانا
لوجه دفع هذا الضرر شرعا مع ان كل ضرر يلحق الناس ليس يجب
دفعه بالشرع على ما ستقف اثره بيان ان وجه تعلق الدين

برقبة

برقبة العبد المأذون هو دفع الضرر وتوضيح الوجه المذكور ان الضرر
اللاحق بالانسان ان كان منشأوه جهل المتضرر وحماقته لا يجب دفعه
به شرعا ولا يجب دفعه كضرر المعامل بالعبد المحجور فانه وان كان يتضرر
بتأخير الدين الى ما بعد العتق على ما سبق الا انه لا يجب دفع هذا
الضرر لعدم ابتنائه على امر شرعي وكذا ضرر المعامل بالعبد المأذون
بتصرف غير داخل تحت الاذن وان كان منشأوه امرا شرعيا فيجب
دفعه كضرر المعامل بالعبد المأذون بتصرف داخل تحت الاذن
فان منشأه الاذن الصادر عن المولى المنبئ عن قبوله تعلق
الدين بكسب العبد ورقبته وما نحن فيه من قبيل الثاني
لان سبب هذا الدين التجارة وهي داخلة تحت الاذن فمن هذا
البسط والتفصيل ظهر سقوط ما قيل لا يخفى على ذي فطرة سليمة
ان الوجه هو الذي ذكره ثانيا بقوله ويجوز ان يكون الخ
وان كان اسلوب تحريره يشعر بخلافه وذلك لان كون سبب الدين
التجارة وكون التجارة داخلة تحت الاذن لا مدخل لخصوصية
شيء منهما في حق تضرر الناس فانهم يتضررون بتوي حقوقهم
سواء كان سبب الدين التجارة او غيرها فان مبنى هذا الوهم
السخيف والكلام الضعيف ليس الا ظن ان الشارح حمل
قول المص وهذا لان سببه التجارة على بيان وجه تحقق الضرر
للناس في هذه الصورة وليس كذلك على ما احطت به خبرا كيف
والشارح لم يقل ان هذا اشارة الى دفع الضرر فتدبر قال والظاهر
ان الدين لما استغرق رقبة العبد كانت قيمة المبيع مساوية لقيمة
العبد اقول فيه بحث فان وجوب بيع العبد للدين لا يتوقف
على ان يكون الدين محيطا بقيمة العبد بحيث لا يبقى للمولى شيء
من ثمن العبد بعد اداء الدين منه بل يجب لمجرد توقف اداء
الدين على بيعه وان فضل منه شيء كثير فلا يتم الاستدلال بالاستغراق

الشامل لهذا المعنى على مساواة قيمة المبيع لقيمة العبد وهذا هو الذي
عناه من قال ليس بواضح لانه لا دليل على ظهوره فكذا وما ذكره
الجد الفاضل رحمه الله في جوابه بقوله فيه بحث فان ندور الشرى
بالمعنى الواضح لا يستلزم انتفاء من جوع فان ندور الشراء بغبن
انما يوضح مساواة المبيع لقيمته لا مساواة قيمة المبيع لقيمة
العبد قوله ومعنى هذا الكلام ان المولى كانه اشترى الديون
اقول ليس معناه ما ذكره بل معناه ان الشراء بغبن نادر فيكون
احتمال ان يكون احتمال قيمة ما ادخله العبد المأذون في ملك مولاه
من مبيع او ما هو في معناه غير مساوية لقيمة الذي صار دينا
في ذمته فيؤدي تحمل تلك القدر من قيمته احتمالا موهوما غير معتد به
لكونه مبنيا على شيء نادر واما المعنى الذي حمله عليه مع كونه
مما لا يقبله السليم يتجه عليه ان يقال جاز ان يشتري الديون
التي على العبد بالغبن مع كون الديون اقل من قيمة العبد ولا يكون
هذا شراء بغبن حيث يأخذ المولى من ثمن العبد ما يزيد
على الدين فيكون مجموع الديون والباقي مساويا وذلك كاف
في دفع الغبن تامل قال والجواب الاول على مذهب ابي حنيفة رحمه الله
يعني ان في كل من الجوابين المذكورين عن الاشكال السابق
جهة رجحان وجهة ركاكة اما الجهة الاولى فلانه جار على مذهب
ابي حنيفة رحمه الله ايضا فان المولى اذا اخذ كسب المأذون
قبل ركوب الديون ملكه عنده ايضا واما الجهة الثانية فهي
انه مخصوص بصورة واحدة على ما افصح عنه المعترض فيما سبق
حيث قال على انه مخصوص بما اذا اخذه صاحبها قبل ركوب الديون
دون غيره واما الجهة الاولى في الجواب الثاني فلانه لا يجري
على مذهب ابي حنيفة رحمه الله فان مبناه على ان كل ما يستفيده
العبد المأذون بالتصرفات يدخل في ملك المولى سواء كان

قبل

قبل ركوب الديون او بعده وسواء قبضه او لم يقبضه وليس الامر كذلك
على مذهبه على ما افصح عنه المص فيما سيجيء بقوله واذا لزمته
ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما في يده الخ واما الجهة الثانية
فيه فهي انه عام بجميع الصور فتدبر قوله فان بقي عليه شيء من ديونه
اعترض عليه بعض الاجلة حيث قال في تقريره خلل فان ذكر قوله
فان بقي عليه شيء من ديونه بطريق الشرطية مستهجن اذ المفروع
بعد ان قال وان لم يكن بالثمن وفاء ليس غير تقسيم لانه اذا لم يكن
بالثمن وفاء يتعين بقاء شيء من ديونه اقول فيه بحث فانه على
ان يقال ان التعيين المذكور غير مسلم لجواز عدم بقاء الفضل
من الديون بتحقق الابراء من اصحابها او التبرع به من المولى
او غيره قوله ولا سبيل لهم عليه قال الجد الفاضل رحمه الله تعالى
اي في اخذه عن كسبه اقول انما خصه به مع انه يعم الرقبة ايضا
لئلا يلزم الاستدراك فيما ذكره بعض الاجلة بقوله ولا يباع
ثانيا كيلا يمتنع البيع او دفعا للضرر عن المشتري قال
ولا يباع ثانيا كيلا يمتنع البيع اقول يرد على ظاهره ان هذا
التعليل جار في دين نفقة القن وقد تقرر في موضعه انه يباع
فيه مرة اخرى قال الاتقاني في دفع هذا الاشكال وهذا بخلاف
نفقة المرأة اذا تزوجها باذن المولى فانه يباع فيه مرة بعد
اخرى لان النفقة تجب شيئا فشيئا والمهر ليس كذلك فانه اذا بيع
فيه مرة ولم يف الثمن به لا يباع فيه ثانيا لانه بيع بجميع المهر ويطالب
بالباقي اذا عتق وقد ذكرنا في باب النفقة انه ليس في ديون
العبد شيء يباع فيه مرة بعد اخرى سوى النفقة انتهى وقد سبقه
في ذلك صاحب النهاية اقول ما ذكره من الفرق بين دين النفقة
وسائر الديون مبني على ان يكون مراد الفقهاء من قولهم ان
العبد يباع في دين النفقة مرة بعد اخرى انه يباع مرة فمرة اذا

نفقة اخرى عند المشتري يباع مرة اخرى على ما يرشدك اليه ما ذكره
في باب النفقة حيث قال ثم اذا بيع العبد من النفقة واجتمع عليه
النفقة مرة اخرى يباع ايضا الى قوله بخلاف النفقة حيث قال
ثم اذا بيع العبد من العبد واجتمع عليه النفقة فانه يبيع في النفقات
المجتمعة لا في النفقات التي لم تصر واجبة بعد والنفقة تجب شيئا
فشيئا فاذا اجتمعت مرة اخرى فانه يباع فيه ايضا ولا يمكن تمشيته
على التصوير الذي ذكره صدر الشريعة رحمه الله تعالى حيث قال
صورته عبد تزوج امرأة باذن المولى ففرض القاضي النفقة
عليه فاجتمع عليه الف درهم فبيع بخمسمائة وهي قيمته والمشتري
عالم ان عليه دين النفقة يباع مرة اخرى انتهى وقد تبعه
في هذا التصوير المولى الخطير صاحب درر الاحكام عليه
شرائف الرحمة والاكرام قال او دفعا للضرر عن المشتري
اقول الذي سنح به الذهن العليل بعناية الله عز وجل في صدد
شرح هذا المحل هو ان يكون قوله كيلا يمتنع البيع محمولا على صورة
علم المشتري بوجود الدين وجواز البيع مرة اخرى وقوله دفعا
للضرر محمولا على صورة الجهل فيكون محصل المعنى انه لا يباع فيه ثانيا
لانه لا يخلو اما ان يعلم المشتري الاول بقاء الدين وجواز البيع
او لم يعلم فعلى الاول يلزم ان ينسد باب البيع وعلى الثاني يلزم
تحميل ضرر عظيم على المشتري هذا هو المحمل المناسب للمقام
وبه تندفع الشبهة والاوهام قوله لانه لم يأذن له في التجارة
فلم يكن راضيا ببيعه المفهوم من هذا التقرير ان يكون قوله او دفعا
للضرر دليلا آخر مستقلا فيرد عليه ان الرضاء بالبيع ليس
بمخصوص في صورة الاذن بل اذا كان الحكم جواز البيع ثانيا لاداء
الديون كان الاقدام على الشراء مع العلم بهذه المسئلة دليل
الرضاء بالبيع فلذلك اعترض عليه الحبر الفاضل حيث قال اذا
علم

يباع ثانيا يكون راضيا به انتهى وعلى ما اسلفناه من التقرير لا يتجه
هذا الاعتراض جدا ويمكن ان يجاب عن الاعتراض المزبور على تقرير
الشارح ايضا بان يقال الكلام بعد في وجه جواز بيعه ثانيا
وعدم جوازه فبناء جواز بيعه على رضائه المبني على علمه بجواز بيعه
لا يخلو عن ركاكة فتبصر قوله حتى يظهر الحجر ولاكثر اهل سوقه
ذكر المص كلا من اشتراط ظهور الحجر للعبد ولاكثر اهل سوقه في موضع
مستقل مع دليله حيث ذكر الثاني بقوله وان حجر عليه لم يصح
حتى يظهر حجره بين اهل سوقه لانه لو انحجر يتضرر الناس الخ
وذكر الاول بقوله ويبقى العبد مأذونا الى ان يعلم بالحجر وهذا
لانه يتضرر والشارح جمع اشتراط كل من الظهورين ههنا
الا انه لم يصب حيث ذكر في مساق التعليل ما لا يدل الا على اشتراط
الظهور عند اكثر اهل سوقه ثم اعاد اشتراط الظهور عند العبد
بقوله وهو على اذنه الى ان يعلم بالحجر والانسب ما فيه كان
الاولى له اما ان يقتفي اثر المص او يجمع بينهما في البيان ثم يقول
اما ظهوره للناس فلكذا واما ظهوره للعبد فلكذا قال لانه لا
يتضرر اقول لا حاجة الى هذا فان الشرع لما اناط الحكم بالظهور
عند الاكثر واقام ذلك مقام الظهور عند الكل يلزمه في الشرع اقامة عدم
الظهور مقام الظهور لا محالة فلا يتحقق شرط الحجر في حق الرجل والى جلي
ايضا كالسفر في قصر الصلوة فتامل قال وصار كالغصب لا يذهب
على ذي مسكة ان هذا الكلام يحتمل معنيين احدهما ان يكون المراد
قياس بقاء الاذن بعد الاباق للعبد المأذون على مسئلة بقاء الاذن
في صورة الغصب فلا بد ان يراد بالغصب ما لو غصب العبد بعد الاذن
والثاني ان يكون المراد قياس موافقة حكم بقاء الاذن وابتدائه
في الاباق على موافقة البقاء والابتداء في الغصب والى الثاني ذهب صاحب
النهاية حيث قال يعني لو اذن المولى للعبد المغصوب يصح ولو غصب

العبد المأذون لا يبطل فكذا هاهنا واما ما ذكره صاحب العناية هاهنا
فلا يناسب شيئا من المعنيين كما لا يخفى **قال** ومعناه ان نقر بما
في يده انه امانة لغيره او غصب منه او يقر بدين عليه **اقول** اعا ... ثم
المص معنى الكلام المذكور بناء على ان اقراره بعد الحجر بالدين ايضا
جائز كما نص عليه وكون الاقرار بالدين اقرارا بما في يده غير ظاهر
فان الاقرار بالدين اقرار بما في ذمته من الوصف لا بما في يده من العين
فبعد ان الاقران بما في اليد يعم الاقرار بالدين باعتبار ان الدين
لما كان يقتضي بما في يده كان الاقرار بالدين اقرارا بالعين الذي
يقضي منه ذلك ولاجل الاشارة الى وجه التعميم عقب قوله
او يقر بدين بقوله فيقضي بما في يده هذا هو المعنى الذي لاح بالخاطر
والوجه الذي سنح بالذهن الفاتر بعون الله القوي القادر
فتأمل فيما ذكرته وما ذكره الشارح وكن الحاكم الفيصل في تعيين
المرجوح منها والراجح **قال** المص لان يد المحجور غير معتبرة اعترض
عليه الجد الفاضل حيث قال مخالف لما سبق في المضاربة واراد به
ما ذكره المص في باب المضارب يضارب بقوله واذا شرط المضارب
لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على ان يعمل العبد معه
ولنفسه ثلث الربح فهو جائز لان للعبد يدا معتبرة خصوصا اذا كان
ماذونا انتهى وعكس عنه الجواب كما لا يخفى على اولي الالباب والعجب
ان من جمع حاشية الجد المرحوم ممن هو امثل الكتاب ورتبه بالكتب
والفصول والابواب اخطأ في تعليق هذا القول فاورده على قول
المص وصار كما اذا اخذ المولى كسبه **قال** ورد بانا لا نسلم ان يده
غير معتبرة فانه لو استودع وديعة الخ يمكن الجواب عنه بان المراد نفي
ان يكون للعبد يد معتبرة تصير سببا للاستحقاق فان الاحتياج
في صورة النزاع الخ لكن اذا المقر له يستحق ما في يد العبد بسبب اقراره
فلو جعل يده مصححا لاقراره لكان اليد سببا للاستحقاق وما ذكره

حق

من مسئلة المبسوط انما تدل على ان للعبد يدا معتبرة دافعة لاخذ
المولى الى ان يحضر العبد وكم من شيء يصلح ان يكون حجة للدفع لا للاستحقاق
فلا مناقاة بين الكلامين **قال** يعني به الاذن اعترض عليه بعض
الوجلة حيث قال وعلى هذا المعنى استخراج سائر الشراح
ايضا هذا المحل وان اختلفت عباراتهم منها ما ذكره صاحب العناية
فانه قال اي لا يبقى للعبد الماذون وبعد بيعه ما ثبت له من الاذن
قبل البيع لعدم بقاء الاذن انتهى اقول فيه نظر لان عدم بقاء الاذن
مقرر فيما نحن فيه ايضا وهو ما اذا حجر المولى على العبد الماذون له
اقول فيه كلام من وجهين اما اولا فلانا لا نسلم ان الاتقاني ذهب
هاهنا الى ان مراد المص بما ثبت بحكم الملك هو الاذن لجواز ان يكون
لفظة من في كلام الاتقاني تعليلية لا بيانية ويكون المراد بما ثبت
هو اثر الاذن وهو ملك اليد مثلا فيكون المعنى لا يبقى للعبد الماذون
بعد بيعه ما ثبت له لاجل الاذن بحكم ملك المولى من اليد الحكمية واولا باه
قوله بعد ذلك لعدم بقاء الاذن لجواز ان يكون مراده من بيان عدم
بقاء الاذن عدم بقاء اثره الثابت به بل يشترك الجميع ما ذكرنا
ما ذكره الاتقاني فيما سبق حيث قال لان تبدل الملك يوجب تبدل العين
كما عرف في قصة بريرة رضي الله عنها فلا يبقى الاذن ولا اثره الذي
ثبت بحكم الملك لان ملك المولى الى قوله واما على قول ابي حنيفة فلان اقراره
انما يصح في الحال بعد الحجر اذا كان في يده كسب الاذن لبقاء اثر الاذن واما
اذا لم يكن في يده كسب الاذن فانه لا يصح اقراره لانتفاء الاذن والاثر
جميعا واما ثانيا فلقائل ان يقول المقرر فيما نحن فيه من صورة الحجر بلا بيع
هو عدم بقاء الاذن من جميع الوجوه واما بقاؤه في بعض الاحكام فهو
عدم صورة النزاع **قوله** اي الذي كور من ملك الاعتاق وحل الوطي
اقول يرد على ظاهره ايضا لا وجه لهذا التعميم بل الصواب ان يحمل
اشارة الى حل الوطي فانه هو الذي يشهد بدلا على كمال الملك واما ملك

الاعتاق فلا دلالة عليه اصلا الا ترى ان للمولى ملك اعتاق المكاتب
مع ان الملك فيه ناقص على ما نص عليه في مبحث قصر العام من التلويح حيث
قال فلو قال كل مملوك لي فهو حر لا يدخل فيه المكاتب لنقصان الملك فيه
الى قوله فان قيل فكيف تتادى الكفارة بالمكاتب دون المدبر وام الولد
قلنا لان ذلك باعتبار الرق وهو في المكاتب كامل واشتراط الملك انما هو
بقدر ما يصح به التحرير وايضا يقدر احد الشركاء على اعتاق حصته
من الرقبة مع انه لا يملك الرقبة كاملة والجواب عن هذا ان نقصان الملك
في المكاتب ليس الا من جهة ان احد الملكين فيه منتف وهو ملك اليد والذي
جعل ملاك الاعتاق دليلا عليه ههنا هو كمال ملك الرقبة وانت خبير
بان انتفاء ملك اليد لا يقتضي نقصان ملك الرقبة واشتراط كمال الملك
لا يقتضي نقصان ملك الرقبة لنفاذ الاعتاق امر مقرر عندهم وقد نص
عليه المص في كتاب الغصب حيث قال ومن غصب عبدا فباعه فضمنه
المالك قيمته فقد جاز بيعه وان اعتقه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه لان ملكه
الثابت فيه ناقص لثبوته مستندا او ضرورة ولهذا يظهر في حق
الاكساب دون الاولاد والناقص يكفي لنفوذ البيع دون العتق
كملك المكاتب انتهى بقوله ان يبيع عبده وليس له ان يعتقه وايضا
المراد من الكمال ما يقابل النقصان من جهة الكمية ولا يخفى ان ملك احد
الشركاء ليس بناقص من الجهة الاولى فلا غبار في التعميم المذكور اصلا
بقي ههنا شيء وهو ان الاعتاق ازالة الملك او اثبات قوة شرعية
منافية له فتوقفه على كمال ملك الرقبة مما لا يدرك وجهه بناء على ان
ازالة الضعف واثبات قوة منافية للضعف اهون وايسر من ازالة
القوي واثبات قوة منافية للقوي وجوابه ان المراد من نقصان
الملك المانع لنفوذ العتق وهو نقصان ملك المعتق الناشي عن تعلق حق الغير
بالمحل بطريق الملك كتعلق حق المغصوب منه بالعبد المغصوب وتعلق
حق المولى بعبد عبده المكاتب ولا يخفى ان ما تعين النقصان بهذا المعنى

لنفوذ

لنفوذ العتق امر معقول لا غبار عليه **قوله** فان قيل سلمنا ذلك لكن المانع
متحقق الى قوله اجاب بقوله بخلاف الوارث يعني ان قول المص
بخلاف الوارث جواب عن سؤال مقدر حاصله ان ما ذكره من كمال
ملك الرقبة في الاصل انما يدل على وجود المقتضي ولكن المانع غير منتف
اقول لا يذهب على ذي مسكة ان القول المذكور جواب عن القياس
المخصوص المذكور من قبل ابي حنيفة فيما سيجيء ولو ان ملك المولى
انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث
نهاية الامر ان المص اخر ذكره جريا على ما هو معتاده من تاخير دليل
المذهب الذي قدمه في الذكر فلا حاجة الى حمله جوابا عن السؤال
المقدر بل لا وجه له وفيه ما فيه **قوله** ونقل بعض الشارحين
عن بيوع الجامع الصغير ان العتق فيه جائز قال بعض الاجلة
اراد ببعض الشارحين صاحب غاية البيان فانه قال في بيوع
الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل اذن
لعبده في التجارة فاشترى عبدا بالف وهو يساوي الفا
وعلى الماذون الف درهم دين فاعتق المولى العبد المشترى فعتقه
جائز وان كان الدين الفي درهم مثل قيمتها لم يجز وقال ابو يوسف
ومحمد جائز في الوجهين جميعا انتهى اقول في جواز عتقه عند ابي ح
في الصورة الاولى من هذين الوجهين المذكورين في بيوع الجامع الصغير
اشكال على مقتضى دليله المذكور في الكتاب لاثبات مذهبه في القسم
الخلافي الذي ذكر في الكتاب اولا فان حاصل ذلك الدليل ان ملك المولى
انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته والمال الذي
احاط به الدين مشغول بحاجته فلا يخلفه فيه فلا يثبت فيه الملك
واذا لم يثبت فيه الملك لم يجز اعتاقه ولا يخفى ان جميع مقدمات
ذلك الدليل جارية بعينها فيما اذا احاط الدين بكسبه
دون رقبته فينبغي ان لا يجوز اعتاقه ايضا **اقول** فيه بحث

فان الاشتغال التام في المال الذي احاط به الديون انما توجد
في صورة كون الدين محيطا بكل واحدة من رقبته وكسبه اما في صورة
احاطته بالكسب فقط فلا يوجد الاشتغال التام لامكان اداء
دينه وقضاء حاجته من رقبته فالفرق بين الصورتين بين جدا
قال لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين اعترض عليه
بعض الاجلة حيث قال في هذا التعليل شيء وهو ان الظاهر عن
جواب هذه المسئلة باتفاق اصحابنا كما يدل عليه عدم ذكر الخلاف
في الكتاب وكونه كالاجنبي اذا كان عليه دين غير ظاهر على اصل
ابي يوسف ومحمد اذ قد صرح في المسئلة الاولى انهما قالا المولى
يملك ما في يد العبد المأذون ولو احاط دينه بما له وبرقبته ولهذا
لو اعتق من كسبه عبدا يعتق عندهما فكيف يتم القول بان المولى
كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين على اصلهما اقول يضمحل
ما ذكره بادنى تأمل فان المصرح به فيما سبق هو ان المولى ليس
باجنبي حقيقة عن كسب العبد المأذون المديون عندهما بل يملكه
ملكا مصححا للاعتاق وذلك يتم بان يكون الكسب مملوكا للمولى
بملك الرقبة ولا يلزم منه ان يملكه بملك اليد ايضا فجاز ان يكون
معنى كونه بمنزلة الاجنبي عن كسبه عدم تملكه اياه بملك اليد
يرشدك اليه ما ذكره الاتقاني في شرح هذا المقام حيث قال
اعلم ان العبد المأذون المديون اذا باع من مولاه شيئا بمثل قيمته
جاز باتفاق اصحابنا جميعا لان البيع مفيد اما عند ابي حنيفة
رحمه الله تعالى فلانه يفيد ملك الرقبة والتصرف في الكسب واما عند ابي يوسف
ومحمد فلانه يفيد ملك اليد والتصرف في الكسب لعبد الخ ولعمري ان هذا
السؤال اوهن من بيت العنكبوت واضعف من اطلال السناكب
هو كالظاهر وانما محل الاشتباه عند اصحاب التيقظ والانتباه
صحة التعليل المذكور بالنظر الى مذهب ابي حنيفة رحمه الله فان المولى

اجنبي

اجنبي عن كسب المأذون المديون فكيف يصح ان يقال انه كالاجنبي
ثم انه كان يحسن ان يذكر هذا السؤال في المسألة التي تذكر فيما سيجيء وان باعه المولى شيئا بمثل القيمة او اقل جاز البيع لان
المولى اجنبي عن كسبه فانه جعله هناك اجنبيا محضا فوروده عليه
اظهر والعجب انه لم يورده عليه ولم يتعرض له في هذا المقام اصلا
ولعل وجهه ان التعليل هناك منفرد فينسد امكان الجواب
هناك بتوزيع التعليلات بان يكون التعليل المذكور بالنظر الى مذهب
ابي حنيفة ويكون قوله ولانه مفيد فلانه يدخل في كسب العبد الخ بالنظر
الى مذهبهما فتأمل قال لانه متهم في حقه بخلاف ما اذا حابى الاجنبي
عند ابي حنيفة لانه لا تهمة فيه ان قلت كونه متهما بالميل الى المولى
عادة دليل المغبن في بيعه منه وعدم كونه متهما بالميل الى الاجنبي
انما يقتضي عدم تحقق دليل المغبن في بيعه من الاجانب وما كان المفروض
فيما نحن فيه وجود المغبن وان انتفى الدليل لان نفس المغبن موجود قلنا
الاعتبار بالاتهام ليس لكونه دليل المغبن بل لكونه محتملا ان ذلك
المغبن لمصلحة متعلقة بالتجارة فالحاصل انه رخص للمأذون
في البيع بالمغبن من الاجانب لجواز ان يكون ذلك المغبن وسيلة الى ربح
كثير وربح غزير ولم يرخص من المولى لان الظاهر انه انما يبيعه منه
بالمغبن ميلا منه اليه فتأمل قوله وليس بصحيح لانه معطوف بلا
معطوف عليه اجاب عنه الحق الفاضل حيث قال فيه بحث فانه معطوف
على قوله بخلاف ما اذا حابى يعني ان مسئلة القدوري ملتبسة
بخلاف هذا باعتبار جزئيها الثاني وبخلاف مسئلة بيع المريض
باعتبار جزئها الاول وحذى بعض الاجلة حذو الحق الفاضل
في الجواب المذكور غير انه غير تعبيره فقال بل قوله لانه معطوف
بلا معطوف عليه ليس بصحيح فانه معطوف على قوله بخلاف ما اذا
حابى الاجنبي عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى على ان يكون معنى الكلام

وهاتان المسئلتان ملابستان بخلاف ما اذا حابى الاجنبي وبخلاف ما
اذا باع المريض لكن على التوزيع بطريق اللف والنشر المعلوم لرتبة الى
وقال فيما نقل عنه وقع التوارد بيني وبين بعض الفضلاء في دفع
ردي صاحب الفهم بان الواو ان في تقرير ذلك البعض في دفع الرد الاول
نوع الخلل فانقل اليه بحث لي ولا يخفى ان ما في مختصر القدوري
ههنا ليس مسئلة واحدة ذات جزئين بل مسئلتان مستقلتان كما ترى
اقول منهم الخلل في كلامه من خلل الفهم اذ لا يخفى على ذي مسكة
ان كلا من المسئلتين المذكورتين وان كانت مسئلة مستقلة
في نفسها الا انهما ليستا بحيث لا يمكن ان تعتبر فيهما جهة واحدة
اصلا والحق ان الفاضل رحمه الله تعالى جعلهما مسئلة واحدة بالنظر الى ان
كلا منهما مسئلة متعلقة ببيع العبد المأذون المديون ماله لمولاه
بناء على توقف صحة العطف المذكور عليه اذ لو اعتبر قوله وان باعه
بنقصان لم يجز مسئلة مستقلة منقطعة عما قبلها كما ذهب اليه
المعترض المذكور وجعل قوله بخلاف ما اذا باع المريض من وارثه
بمثل القيمة عطفا على ما هو متعلق بها من قوله بخلاف ما اذا حابى
لكان يلزم ان يكون المعطوف ايضا متعلقا به ضرورة ان المعطوف
يحمل المعطوف في حكم المعطوف عليه بخلاف ما اذا جعلنا مسئلة
واحدة فان العطف حينئذ لا يدل الا على ان كلا منهما متعلق بتلك
بتلك المسئلة الواحدة المركبة من غير بيان ان تعلق كل منهما باعتبار
اي جزء من جزئيها فيندفع المحذور والله اعلم بحقائق الامور
قوله وقال يجوز ان يكون بدون الواو فيتعلق بحكم قوله
المتصل به وهو قوله بخلاف ما اذا حابى اقول في هذا التوجيه
بحث لم يتعرض له احد وهو ان ما ذكره المص في بيان وجه الفرق
بقوله لان حق بقية الورثة تعلق بعينه الخ يأبى عنه جدا فان
مقتضى الوجه المذكور ان يكون مراد المص بقوله بخلاف ما اذا باع

المريض

المريض الفرق بين مسئلة بيع المريض بمثل القيمة وبين مسئلة اخرى
وقع البيع فيها ايضا بمثل القيمة ولم يكن لاصحاب الحقوق ضرر
ضرر مالي في ذلك البيع على ما يفصح عنه اما حق الغرماء تعلق
بالمالية لا بغير ولا يخفى ان الامر في صورة البيع من الاجنبي بالمحاباة
ليس كذلك فالصواب هو ان يتعلق بقوله وان باع من المولى شيئا
بمثل قيمته جاز فليتأمل قال تاج الشريعة قلت ينبغي ان يأتي المسئلة
بلا واو لانه اول مسئلة يورده نقضا على مسئلة الكتاب دون
قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبي لانه يبين الفرق بين ما اذا باعه
من المولى بنقصان لم يجز ومن الاجنبي جاز وانما ادخل الواو فيه
لئلا يتوهم انه نقض على بيع المريض من الاجنبي بالمحاباة فادخل
الواو لدفع هذا الوهم اعترض عليه بعض الاجلة حيث قال ان هذا
كلام خال عن التحصيل لان مسئلة الكتاب ههنا اثنتان الاولى قوله
وان زاد به ان قوله وبخلاف ما اذا باع المريض متعلق باولى مسئلتي
الكتاب وقوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبي متعلق باخريهما
فلا معنى للواو فيما يتعلق بالاولى قلنا قد تقرر في علم الادب
ان الواو لمطلق الجمع لا ترتيب فيها بمدخولها لا يقتضي التأخر
لا في الوقوع ولا في التعلق فلا محذور في اتيان الواو ههنا
اصلا واما اتيانها فلان قوله وانما ادخل الواو فيه لئلا يتوهم
انه نقض على بيع المريض من الاجنبي بالمحاباة فادخل الواو لدفع
هذا الوهم ليس بتام ايضا لانه ان كان الواو فيه للعطف
كما هو الظاهر المتبادر فان كان المحل صالحا للعطف الى اخره
اقول في كل وجهي كلاميه بحث اما في الاول فلانا نختار ان
مراده ما ذكره من ان قوله وبخلاف متعلق باولى مسئلتي
الكتاب وقوله وبخلاف ما اذا حابى الاجنبي متعلق باخراهما فلا معنى
للواو ولمطلق الجمع الخ انه كلام خال عن التحصيل فان تعرض تاج الشريعة

ان قوله بخلاف ما اذا باع المريض كلام متعلق باولى مسئلتي الكتاب
ولم يذكر فيما سبق ما يتعلق بها حتى يعطف هو عليه ولو عطف
على ما يتعلق بالمسئلة الثانية من قوله بخلاف ما اذا جنى الاجنبي
لكان يلزم ان يكون هذا ايضا متعلقا بالمسئلة الثانية وهذا
كلام ظاهر لا غبار عليه وكون الواو غير مقتضى للترتيب لا مساس له
بما نحن فيه فانه يفيد جواز عطف المقدم وجودا وتعلقا على المؤخر
بعد ان كان كل منهما متعلقا بشيء واحد فالصواب في الجواب عما ذكره
تاج الشريعة ههنا ان يصار الى ما ذهب اليه الحبر الفاضل من
من جعل المسئلتين مسئلة واحدة فليتأمل واما في الثاني فلان
مراد تاج الشريعة ان المحل ليس مما يستحسن فيه الواو والا لاحتيج
ان يؤتى بتأويل دفعا للوهم كما اختير في قولهم لا واصلحك الله تعالى
على ما حقق في البلاغة حتى انه ذكر في بعض شروح المفتاح ان
هذه الواو احسن من واوات الصدغ في وجوه الملاح قوله
والدين حال اقول لا حاجة الى هذا القيد فان المذكور في حكم
المسئلة هو قدرة الغرماء على التضمين من غير تقييد بكونه حالا
فلا حاجة الى التقييد بالحلول في المسئلة ايضا تأمل قال اجيب
عن ذلك بان حقهم لقائل ان يقول لا يخلو من ان تكون المسئلة مفروضة
فيما اذا كان بيع المولى العبد بطريق المحاباة او بتمام القيمة فصاعدا
فان كان الاول لا يرد النظر المذكور فان رفع المؤنة انما يكون
في صورة البيع بتمام القيمة ولذلك يضمن الوصي اذا باع بالمحاباة
وان كان الثاني فلا فائدة في التضمين حيث فرض ان الثمن والقيمة
سواء واما ما اورده بعض الاجلة على هذا الجواب بقوله ان مقتضى
هذا ان يجب على المولى ضمان الديون بالتمام دون ضمان قيمة العبد
لانه كان لهم ان يستسعوا العبد في جميع ديونهم لا في مقدار قيمته
فقط وقد فات بالبيع والتغييب حق الاستسعاء بالكلية فينبغي

ان

ان يضمن البائع والمشتري جميعا ما فوتاه وهو جميع ما يمكن استيفاؤه
بالاستسعاء من الديون الخ فليس بسديد فان الديون ليست
في ذمة البائع والمشتري حتى يستوفى منهما وانما هي في ذمة العبد
وهما انما فوتاه ما يمكن استيفاؤه بالاستسعاء بسبب بيع العبد
وتغييبه ولا يخفى ان رد قيمة العبد رد للعبد معنى على ما تقرر في محله
فان لهم ان يشتروا بقيمة العبد عبدا مثل ذلك العبد فيستسعونه
فتامل ولعل الصواب ان يقال قوله ولا محاباة في البيع معناه ان الثمن
يفي بديونهم اعترض عليه بعض الاجلة حيث قال فيه نظر اما اولا
فلانه لو كان معنى قوله ولا محاباة في البيع ان الثمن يفي بديونهم
زايد
اعترض عليه بعض الاجلة حيث قال فيه نظر اما اولا فلانه لو كان
معنى قوله لذهبت فائدة قوله فان وصل في قوله ولا محاباة
وفائدة قوله اذا لم يصل اليهم الثمن في قوله وتاويله اذا لم يصل اليهم
الثمن اذ لا شك ان الثمن اذا كان يفي بديونهم لم يكن لهم ان يردوا
البيع سواء وصل اليهم الثمن او لم يصل اذ لا يبقى حينئذ لهم حق الاستسعاء
بل يبقى حق الاستيفاء من رقبته فلا يتصور فائدة في الرد واما
ثانيا فلان معنى انتفاء المحاباة في البيع ليس عين معنى وفاء الثمن
بديونهم وهو ظاهر وان احدهما يستلزم الآخر اصلا الى آخره
اقول في كلا كلاميه بحث اما في الاول فلان قوله لذهب فائدة قوله
فان وصل الخ سهو ظاهر فان فائدة ذكر القول هو الاحتراز عن ان يكون
بيع المولى بحيث يتعذر وصول الثمن منه الى الغرماء لكون المشتري
مفلسا ونحوه فانه يكون للغرماء ان يردوا البيع دفعا لهذا الضرر
عن انفسهم وان كان مقدار الثمن وافيا بالديون يرشد اليه ما ذكره م
الاتقاني حيث قال وان كان بالثمن وفاء بديونهم لا يكون لهم
ولاية نقض البيع لانه ليس في البيع ابطال حقهم الا اذا كان الثمن
لا يصل اليهم فحينئذ كان لهم ان ينقضوا البيع انتهى نعم في عبارة المص تسامح

فانه لو قال تاويله اذا لم يكن يصل اليهم بدل قوله اذا لم يصل اليهم الثمن
لكان اظهر فتدبر ثم ان المفهوم مما ذكره المعترض المذكور ههنا من تعليق
ذهاب فائدة قوله فان وصل وقوله اذا لم يصل بارادة وفاء الثمن
بالديون من قوله ولا محاباة في البيع على معناه هو ان يكون فائدة القولين
المذكورين على تقدير حمل قوله ولا محاباة في البيع الظاهر ما سبق من دلالة
القبض على اسقاط البعض وقد اعترض عليه فيما سبق بانه لو كان
مراد المص ما ذكر لما تم تعليله فتامل واما ثانيا فلانه قد تعارف ان المحاباة
بمعنى نقصان الثمن عن القيمة وههنا استعمل في مجرد نقصان الثمن
قوله لانه يثبت الملك لنفسه عبارة الادعاء ههنا لم يصب محزه
لان المشتري والموهوب له في المسئلتين مالك للعين بلا خلاف
نهاية الامر ان للغرماء والشفيع حق الفسخ فتدبر قوله لانه اخبر
عن شيئين المراد بالاخبار ههنا ما يعم الصراحة والدلالة اذ نفي ما
دليله الصورة الثانية دلالة فلا يرد عليه ما اورده بعض الاجلة
بقوله تحرير هذا المحل على هذا المنوال لا يخلو عن اختلال قال الا انه
لا يباع حتى يحضر مولاه الى قوله ان الحكم في الماذون المعلوم مراد به
ايضا كذلك فتامل في وجه الاستثناء قال لانه خالص حق المولى
بخلاف الكسب يعني ان الرقبة خالص حق المولى ليس فيه شائبة حق العبد
بخلاف الكسب فانه من حيث انه كسبه فيه العبد ولما كان ثبوت العبد
الاذن من المولى لا صراحة ولا دلالة ناسب ان يعطى له حكم الماذون
في حق الكسب دون الرقبة لاندفاع ضرورة تضرر الناس بذلك مع رعاية
جانب المولى فلا يرد ما ذكره بعض الاجلة حيث قال للقائل ان يقول
ان اراد بقوله لانها خالص حق المولى انه ليس فيها حق العبد ولا حق
الغرماء فهو ممنوع اذ قد تقرر فيما مر ان حق الغرماء يتعلق برقبة العبد الماذون
حتى كان لهم ان يبيعوه لاستيفاء ديونهم الا ان يفديه المولى بديونهم
وان اراد بذلك انه ليس فيها حق العبد كما هو المتبادر من قوله بخلاف

الكسب

الكسب لان فيه حق العبد فمسلم لكن لا يتم به التعليل حينئذ على ان لا يقبل
قوله في الرقبة اصلا لانه لا يمنع ان يقبل قوله فيها لتعلق حق الغرماء
برقبة العبد الماذون مسلم الا ان كون العبد فيما نحن فيه ماذونا
لم يثبت بعد وانما علم بقول العبد فجاز ان لا يجعل ماذونا في حق الرقبة
التي لا تعلق للعبد بها ولا يجعل حق الغرماء متعلقا بها في تلك الصورة
فصل قال بعض الاجلة لما فرغ عن بيان احكام اذن العبد في التجارة
شرع في بيان احكام اذن الصبي والمعتوه وقدم الاول لكثرة وقوعه
اقول تعليل تقديم الاول بكثرة وقوعه مستدرك بالنظر الى ما ذكره
هذا الفاضل نفسه في صدر كتاب الماذون حيث قال المقصود بالذات
من كتاب الماذون بيان اذن العبد وانما بين فيه اذن الصبي على سبيل
التبعية انتهى فان تقديم ما هو المقصود بالذات على الامر الاستطرادي
امر ظاهر غني عن التوجيه وفيه ما فيه قال فهو في البيع والشراء
كالعبد الماذون اذا كان يعقل البيع قال بعض الاجلة كان الظاهر
ان يقول في جواب المسئلة فهو في التجارة كالعبد الماذون ليطابق
ما قبله من قوله في التجارة وليعم غير البيع والشراء من سائر اسباب
التجارات لنفوذ تصرفه في سائرها ايضا وكانه قصد الاكتفاء بذكر
البيع والشراء لكونهما من اصول اسباب التجارات الا انه اثر اللفظ الكثير
على اللفظ القليل مع كون الثاني اعم واظهر في افادة تمام المرام هذا ما في
عبارة مختصر القدوري لان تعقله البيع فقط غير كاف في كونه كالعبد
الماذون بل لا بد من ان يعقل الشراء ايضا اقول في كل كلامه بحث
اما في الاول فمن وجهين اما اولا فلانا لا نسلم ان الظاهر ان يقول
فهو في التجارة بل الظاهر على زعمه ايضا ان يقول فهو فيها بالاضمار
دون الاظهار كما لا يخفى فتامل واما ثانيا فلانا لا نسلم ان الظاهر
ان يقول فهو في التجارة فلان المص انما اثر هذا الاسلوب ليتضمن جواب
المسئلة الاشارة الى بيان ما هو المراد من التجارة فكانه قال الواقعة

الولي للصبي في التجارات ينفذ تصرفاته في جميع عقود المعاوضات كالبيع
والشراء مثلا ولا يخفى ان التغيير الذي استصوبه بعض الاجلة خال
عن هذه الفائدة واما في الثاني فلان تفضل البيع يقتضي تفضل الشراء
كيف والبيع عبارة عن مبادلة مال هو المبيع بمال هو الثمن بالتراضي
بطريق الاكتساب ولا يذهب على احد ان الشراء ليس اعراضا راجعا عن هذا
المعنى حتى ان الشارح ادعى ان ما صدق عليه هذا الحد بيع من كل
وجه وشراء من كل وجه ذكره في فصل الوكالة بالبيع من كتاب الوكالة
فلا غبار في الاقتصار على ذكر تفضل البيع كما فعله المص وان جاز ذكر
الشراء ايضا روما للتفصيل والتوضيح كما وقع في عبارة غيره على ان
ذكر البيع من قبيل الاكتفاء كما في قوله سرابيل تقيكم الحر فتبصر قوله
والولي له هذا التصرف فكذا من اذن له الا ترى ان الطلاق والعتاق
لما لم يملكه الولي لا يملك الاذن به اقول في هذا التنوير بحث فان
تفرع عدم قدرة الولي الاذن بالطلاق والعتاق على قدرته بنفسه
وكم من شيء يتفرع العدم فيه على العدم ولا يتفرع فيه الوجود على الوجود
الا ترى ان الاجنبي كما لا يقدر على ان يشتري شيئا لاحد ويدخله
في ملكه بغير اذنه كذلك لا يقدر على الشراء بنفسه ولا يقدر على ان
ياذن لغيره بالشراء ما لم يكن ماذونا بالتوكيل قال والصبا
سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته قال بعض الاجلة يرد على هذا الجواب
ان يقول لو كان الامر كذلك لنفذ تصرف الصبي بدون اذن الولي
اذا علم هدايته في امور بدليل من الدلائل غير اذن الولي لحصول العلم
اذ ذاك الخ اقول ليس هذا شيئا فان الحكم لما كان في السفر غالبا
ادير على السفر ولم يجوز في الحضر وان علم حصول المشقة للمصلي في الحضر
ايضا فتامل قال حتى يملك الولي التصرف ويملك حجره اذ كان بقاء
ولاية الولي على حجره منافيا لوجود الولاية في الصبي يلزم ان لا يصح
عند الشافعي اذن المولى لعبده ايضا فان المولى قادر على حجر عبده المأذون

في اي وقت شاء فالاولى ان يكتفي بقوله حتى يملك الولي التصرف
قوله وفي اعتبار كلامه في التصرف نفع محض لاستيفاء المصلحة
بطريقين اي كلام الولي لان الكلام في جواب ما يقال لو ثبت له
الهداية بالاذن لم يبق الولي وليا اي لم يعتبر كلامه في تصرفات
الصبي ثم ان بعض الاجلة اعترض على قوله وفي اعتبار كلامه
في التصرف نفع محض حيث قال غير مسلم لان الكلام في التصرف
الدائر بين النفع والضرر فكيف يكون في اعتبار كلامه في مثل ذلك
التصرف نفع محض اقول كون البيع وامثاله دائرا بين النفع والضرر
ليس الا بالنظر الى ذات التصرف مع قطع النظر عن العوارض واما
عند اقترانه بدليل النفع يجوز الجزم بكونه نفعا محضا وههنا اذن
الولي دليل لذلك فلا غبار عليه اصلا قال واحتمال التبدل الخ
الظاهر انه عطف على قوله لاستيفاء المصلحة بطريقين والمجموع
بيان لوجه تحقق النظر في ~~بقاء قدرته على حجره ولاية الولي بعد الاذن~~
~~لكن على التوزيع فقوله لاستيفاء المصلحة ولاية الولي بعد الاذن~~
لكن على التوزيع فقوله لاستيفاء المصلحة بطريقين بيان لوجه
تحقق النظر في بقاء قدرته على حجره فتامل قوله فان باع شيئا
باضعاف قيمته كان نافعا محضا اقول هذا انما يتم اذا كان تردد
البيع بين النفع والضرر من حيث انه يحتمل الربح والخسران واما اذا كان
احتمال الضرر باعتبار خروج المبدل عن الملك كما هو المفهوم من كلام
صدر الشريعة في التوضيح فلا يتحقق النفع وان كان البيع باضعاف
قيمته على ما افصح عنه الفاضل التفتازاني هناك حيث قال وللمو
جهل احتمال الضرر باعتبار خروج المبدل عن الملك حتى لو باع الشيء
باضعاف قيمته كان ضررا ونفعا انتهى فلا يرد هذا السؤال اصلا
توضيح ذلك ان البيع لا يتعين نفعا للصبي بمجرد كونه باضعاف
القيمة ليمكن احتمال الضرر فيه من وجوه اخر فباعه في يوم شاة بثلج

باضعاف قيمته الى غير ذلك من الاحتمالات فلا بد من ان يفوض ذلك
الى الولي كي يختبر الصبي ويبتليه حتى اذا آنس منه الرشد وميّز
المصلحة عن المفسدة يأذن له في التجارة وان لم يأذن له يرى
كل عقد يعقده الصبي فيجيزه ان كان عاريا عن المفاسد والمضار
ويردّه ان لم يكن كذلك **قال** والتشبيه بالعبد المأذون يفيد
ان ما يثبت في العبد من الاحكام يثبت في حقه اعترض عليه
بعض الفضلاء حيث قال للقائل ان يقول تشبيه الصبي بالعبد المأذون
انما يفيد ثبوت احكام العبد عامة في حقه ان لو كان التشبيه
على العموم وعلى الاطلاق واما عند ما فيه المشابهة كما هو في
الكتاب حيث قال وهو في البيع والشراء كالعبد المأذون
فافادة التعميم ممنوع جدا فليتأمل **اقول** ان اراد ان تقييد البيع
والشراء مانع عن دلالة الكلام على ثبوت المشابهة بين العبد
والصبي في سائر انواع التجارة من التصرفات المترددة بين النفع
والضرر فذلك ممنوع فان ذكر البيع والشراء لكونهما من اصول
التجارات يفهم من ذكرهما سائر ما يشبههما بطريق الدلالة
كما مرّ غير مرة وان اراد ان تعيينهما مانع عن دلالة الكلام على ثبوت
بينهما من الاحكام سواء كانت متعلقة بتصرف العبد ام لا
فذلك مسلّم الا ان المص ايضا لم يرد في الكلام المزبور دلالة
عليه كما يفصح ذلك من اول جواب الشراح عن الاعتراض الذي
اوردوه على التعميم فتأمل **قوله** وبان دين الصبي لكونه حرا يتعلق
بذمته لا بماله **اقول** حاصل هذا الجواب ان عدم ثبوت هذا الحكم
في الصبي لمانع وهو عدم تحقق تعلق حق الغرماء بمال الصبي
والمراد من قول المص ان ما يثبت في العبد من الاحكام يثبت
في حقه انه يكون كذلك ان لم يتحقق فارق يمنع ذلك فلا ينتقض
كلام المص بهذا الحكم كما لا ينتقض بان رقبة العبد اذا كانت

مستغرقة

مستغرقة بالدين يباع ولا يباع الصبي لكونه حرا ولما غفل بعض
الفضلاء عن حقيقة الحال وذهب عليه مغزى هذا المقال اعترض
عليه فقال الوجه الثاني لا يصلح جوابا عن السؤال المذكور الى
ومن لم يجعل الله له نورا فما له من نور ولعل مراد الحبر الفاضل
من قوله خلاصة الجواب الثاني منع دلالة الكلام على التعميم الى المعنى
الذي ذكرناه ولكن لما كان كل من الشروح من قبيل الايجاز
الذي يبلغ الى حد الالغاز الذي يتلو عليه حبائل السحر والاعجاز لم يهتد بعض الاحداق
الجراهية ولم يوفق للعثور على ما هو المراد من كل منه فقال ما قال
وماذا بعد الحق الا الضلال **قوله** واورد بان الولاية المتعدية
لا تخفى على اصحاب الاذهان ما في هذا الايراد من النقصان فان
لنا ان نقول على سبيل ارخاء العنان وتوسيع الميدان الزاما
للخصم اينما كان لا يخلو من ان يكون هذا الايراد مبنيا على ان
يكون اذن الصبي بطريق التوكيل والانابة او بطريق فك الحجر
واسقاط الحق بان يتصرف الصبي بعد ذلك بولاية نفسه واهليته
فعلى الاول لا نسلم ان قدرة الموكل على ما يقدر عليه الوكيل شرط
لصحة الوكالة الا ترى ان المسلم يوكل الذمي ببيع الخمر مع انه
لا يقدر على بيعه بنفسه كما مرّ في صدر كتاب الوكالة وعلى الثاني
لا يتجه السؤال راسا اذ لا تكون ولاية الصبي مستفادة من الولي
فلا تكون متعدية منه اليه والحق هو الوجه الثاني وان قدرة
الصبي على الاقرار مع ان الولي لا يملكه كنفوذ بيعه على البيع بغبن فاحش
عند ابي حنيفة رحمه الله عليها افصح عند الشيخ فيما سيجيء بقوله
ووجه الظاهر ان الحجر لما انفك عنه بالاذن التحق بالبالغ
ولهذا نفذ ابو حنيفة رحمه الله كما بعد الاذن تصرفه بالغبن الفاحش
كالبالغ انتهى وقع اتمام كتاب المأذون باذن الله سبحانه
حامدا له على نعمائه وآلائه ومن احسانه ومصليا على من ختم به

الجامع لصفات الفصاحة والبسالة وعلى آله واصحابه
الذابين بآدابه كتاب الغصب قال متقوم
اقول فيكون ذكر غصب ما لا يتقوم في هذا الكتاب بطريق الاستطراد
على ما سيجيء قال بعض الاجلة لا بد من ان يزاد على هذا التعريف
قيدان احدهما قيدا ويقصر يده بان يقال على وجه يزيل يده
او يقصر يده لئلا يخرج عن تعريف الغصب في الشرع ما اخذه الغاصب
من يد غير المالك كما اذا اخذه من يد المرتهن او من يد المودع
فان الغاصب في هذه الصورة وان لم تزل يد المالك عنه لعدم بناء
على عدم كونه في يده وقت الغصب وازالة اليد فرع تحققها الا انه
قصر يده عن عوده الى ها بتلك الصورة ايضا اقول فيه بحث فان الظاهر
ان المراد من لفظ اليد الواقع في التعريف ما يعم الحقيقة والحكمية
واليد للمغصوب في الصورة المذكورة وان لم تكن في يد المالك
حقيقة وصورة الا انه في يده حكما ومعنى على ما لا يخفى على من له
ادنى خبرة بهذا الفن ولقد نص عليه الشيخ اكمل الدين في العناية
حيث قال وانما قيل من جنس واحد احترازا عما اذا آجر داره
من رجل فانها في يد المستاجر حقيقة وفي يد الآجر حكما انتهى
فلا حاجة في تعميم التعريف الى زيادة القيد المذكور اصلا نعم
لو علل لزوم زيادة القيد المذكور بارادة تعميم التعريف لصورة
غاصب الغاصب لكان له وجه فان الغاصب الاول يزيل يد المالك عنه
حقيقة وحكما فلا يتحقق من غاصب الغاصب ازالة يد المالك اصلا
واما ما ذهب اليه صاحب البدائع جواز تحقق حقيقة الغصب بالتعريف
المذكور في صورة غاصب الغاصب حيث قال ولو غصب من انسان
شيئا فجاء آخر وغصبه منه وهلك في يده فالمالك بالخيار
ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني الى قوله واما تضمين
الثاني فلانه فوت يد الغاصب الاول وبه يد المالك من وجه

لانه

لانه يحفظ ماله ويتمكن من رده على المالك ويستقر بها الضمان
في ذمته فكانت منفعة يده عائدة الى المالك فاشبه المودع انتهى
فمما لا يقبله الذهن السليم والطبع المستقيم فان الغاصب
لا يحفظ لاجل المالك والظاهر منه انه لا يرده عليه فعد يده عائدة
بيد المالك وجعل ازالتها ازالة اليد بعيد جدا ومن خرط القتاد كما لا يخفى
على من اتصف ذهنه بالسداد كيف وقد تقرر ان المودع
بالتعدي والانكار يكون غاصبا وليس ذلك الا بازالة اليد
الحكمية الثابتة للمالك على المغصوب فان يده الحقيقية قد زالت
عند الايداع ولو لم يكن الغصب منافيا لليد الحكمية للمالك
لما تحقق الازالة في تلك الصورة فتامل ثم ان في زيادة القيد
المذكور محذورا وهو ان الحنفية يعللون عدم تحقق الغصب
في زوائد المغصوب كثمرة البستان وولد الجارية المغصوبة
بعدم تحقق ازالة يد المالك عنها اذ لا يد للمغصوب منه فيها حتى
يزيلها الغاصب فلو عمم التعريف بما لا يد له فيه لكان يلزم ان
يتحقق الغصب فيها ايضا وذلك باطل وفيه ما فيه ثم قال
بعض الاجلة وثانيهما على سبيل المجاهرة كما وقع في البدائع
لئلا يدخل في تعريف الغصب شرعا السرقة لان الامتياز بين السرقة
والغصب انما يكون بان يكون الغصب على سبيل الجهار والسرقة
على سبيل الخفية ثم اعلم ان صدر الشريعة قد تنبه للزوم زيادة
القيد المذكور على هذا التعريف حيث قال ثم لا بد ان يزاد على هذا
التعريف لا على سبيل الخفية ليخرج السرقة ورد عليه صاحب
الايضاح والاصلاح حيث قال فان قلت اليس يصدق الحد
المذكور على السرقة قلت نعم الا ان في السرقة خصوصية
بها كانت من جملة اسباب الحد فادخل مسائلها باعتبار اصلها
في الغصب ومن ذهب عليه هذه الدقيقة تصدى لاخراجها عن الحد

المذكور بزيادة قوله او على سبيل الخفية ولم يرد انه يخرج عنه بعض
افراد الغصب كاخذ مال غير محرز على سبيل الخفية **اقول** فيه خلل من وجوه
الاول ان السرقة بخصوصيتها عن صدر التعريف المذكور عليها كما لا يخفى
على ذي فطنة وانما تكون خصوصيتها ما نفذ عن صدق تعريف الغصب
عليها لو زيد على التعريف المذكور قيد على سبيل المجاهرة الخ والثاني والثالث
ان قوله كاخذ مال غير محرز على سبيل الخفية في قوله ولم يرد انه
يخرج عنه بعض افراد الغصب كاخذ مال غير محرز على سبيل الخفية
ليس بصحيح لان ما كان غير محرز كيف يتصور اخذه على سبيل الخفية
فان عدم الاحراز ينافي الاخفاء وعن هذا قال صاحب الهداية
في فصل الحرز والاخذ من الحرز لابد منه لان الاستسرار لا يتحقق
بدونه **اقول** في كلامه كلام مبني بحث اما في الاول فلانه اطال الكلام
بمقدمات زائدة واتعب نفسه بلا فائدة ومبنى كلها ترك تعلمتها
ومنشأ مقدماته برمتها عدم فهم مراد ذلك النحرير وبالله الملاذ
من مثل ذلك التحرير هذا التقصير توضيح ذلك ان العلامة معترف بعدم
دخول السرقة في حد الغصب على تقدير ان لا يزاد عليه ذكر القيد ولكنه
يمنع بطلان اللازم ويقول ان السرقة قسم من اقسام الغصب وليس
بقسيم له لكنه لما كان له نوع استقلال بكثرة المسائل ووفرة
الفروع عقد والله كتابا على حدة ولما كان له خصوصية بها كانت
من اسباب الحد ذكر عقيب كتاب الحدود ولا يكون ذكر جميع اسباب الحدود
في مكان واما في الثاني فلان تحقق الاخفاء في بعض ما ليس بمحرز مما لا يخفى
الا ترى ان الحمام ليس بحرز ولا يخفى ان السارق منه يقصد
الاخفاء في الجملة ولا يأخذ مال السرقة بطريق الاعلان مثل ما يأخذ
مال نفسه ومراد المص من تحقق الاستسرار بدون الحرز هو الاستسرار
التام الذي يتوقف عليه القطع فتأمل **ثم اقول** يمكن ان يقال
في دفع اصل السؤال ان المراد من الاخذ الواقع في تعريف الغصب

هو الاخذ على سبيل التغلب لان ذكر القيد ماخوذ من معناه اللغوي
على ما ذكره المص والمعاني الشرعية هي المعاني اللغوية بزيادة بعض
القيود فهن هؤلاء سكتوا في بيان معناه الشرعي عن التعرض
بما هو ماخوذ في معناه اللغوي واكتفوا بذكر القيود الزائدة
يرشدك الى هذا ما ذكره الحبر الفاضل سعد الله في مفتتح باب السلم
حيث قال ويجوز ان يقال اخذ عاجل باجل بقرينة المعنى اللغوي
اذ الاصل هو عدم التغيير الا ان يثبت بدليل ثم قال ذكر البعض
ثم ان صاحب الايضاح والاصلاح غير التعريف المذكور بوجه آخر
حيث قال بدل قولهم بغير اذن المالك بلا اذن من له الاذن وقال
في وجهه وانما لم يقل بلا اذن مالكه لان كون المأخوذ ملكا ليس بشرط
لوجود الضمان فان الحر يضمن بالاتلاف وليس بمملوك
اصلا **اقول** وفيه ايضا خلل لان الوقف في الشرع عند ابي حنيفة
رحمه الله تعالى حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة
بمنزلة العارية وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى الخ **اقول** فيه
بحث فان كون الوقف عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى حبس العين على ملك
الواقف انما هو قبل اللزوم واما بعده فهو يخرج عن ملك الواقف
بالاتفاق وايضا كون الوقف حبسا على ملك الله تعالى لا يجدي نفعا
فان مراد العلامة من عدم كون الوقف ملكا عدم كونه ملكا بالمعنى المشهور
المراد في التعريف وهو ملك العباد فانه هو الملك الذي يتصور فيه ازالة
يد المالك واما ملك الله تعالى فلا يرد نقضا على ما ذكره نعم ان ما فعله
العلامة هاهنا من تعليل وجوب تغيير تعريف الغصب بارادة ادخال
الوقف ثم الاستدلال على تحقق الغصب فيه بما ذكر في البدائع من انه
مضمون بالاتلاف مع انه قد تقرر بينهم ان ضمان الاتلاف غير ضمان
الغصب غريب جدا واعلم يمكن ان يوجد شيء مضمون غير مملوك
غير الوقف وهو البيع بشرط خيار المشتري فانه يخرج عن ملك البائع

ولا يدخل في ملك المشتري على ما هو مذهب ابي حنيفة رحمه الله كما مر فتامل وزاد العلامة
على التعريف قيدا آخر وقال بفعل في العين وقال في شرحه لا بد من هذا القيد
على اصل الشيخين وبدونه ينطبق الحد على قول محمد **اقول** لقائل ان يقول
لا نم انطباق الحد بدون هذا القيد على اصلهما ودخول العقار في التعريف
فان الشيخين رحمهما الله تعالى لا يجعلان القيد المذكور امرا زائدا على قيد
ازالة اليد بل يقولان الازالة لا تتحقق بدون الفعل في العين على ما افصح
عنه صاحب العناية فيما سيجيء حيث قال في تقرير دليل الشيخين
ولابي حنيفة رحمه الله تعالى وابي يوسف رحمه الله ان الغصب اثبات اليد
بازالة يد المالك وهذا اي المجموع لا يتصور في العقار فانتفى ازالة اليد
والكل ينتفي بانتفاء جزئه انتهى الا ترى كيف جعل عدم تحقق الفعل في العين
في العقار ذريعة الى عدم تحقق الازالة فان التعريف المذكور
وان بقي على حاله ولم يضم اليه شيء آخر تعريف صحيح على اصل الشيخين
مانع عن دخول الاغيار وغير شامل للعقار فتامل **قوله** ان كان مع العلم
بانه ملك المغصوب منه **اقول** لا وجه للتقييد بالمغصوب منه فان مدار
الاثم عدم ظن ذلك لنفسه سواء ظنه ملك المغصوب منه او ملك غيره
فالاولى ان يقال مع العلم بانه ملك الغير ثم ان بعض الاجلة اعترض
ههنا على المص حيث قال هذا انما يتم فيما اذا هلك المغصوب في يد الغاصب
واما اذا كان قائما في يده فحكمه رد العين كما سيأتي في الكتاب وكان
المناسب بهذا المقام بيان حكمه الكلي دون حكمه الخاص بصورة الهلاك
اللهم الا ان يبني كلامه ههنا على ما قيل ان الموجب الاصلي للغصب هو
القيمة ورد العين مخلص كما سيجيء ولكنه قول ضعيف جدا على ما يدل
عليه تقرير المص فيما بعد فكيف ينبغي بمثل المص بناء كلامه على ذلك **اقول**
في كلامه بحث من وجهين اما اولا فلان الظاهر ان المص اراد ببيان حكمه
بمعنى الجزاء السيء الذي يستحقه الغاصب لسوء صنيعه في الدنيا والآخرة
ولا شك ان الضمان والاثم كذلك بخلاف الرد فانه ليس عقوبة عليه

مثلها

مثلها كما لا يخفى على المتامل واما ثانيا فلان تذكر المذهب ليس في الضعف
بحيث لا يحتمل ان يكون مبنى كلام المص الا ترى ان المص نفسه في كتاب الرهن
ان البعض الذاهب اليه من المشايخ اكثرهم حيث قال قال القدوري ولا يصح
الرهن الا بدين مضمون لان حكمه ثبوت يد الاستيفاء والاستيفاء يتلو
الوجوب قال رضي الله عنه ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالاعيان
المضمونة بانفسها فانه يصح الرهن بها ولا دين ويمكن ان يقال ان الموجب
الاصلي فيها هو القيمة ورد العين مخلص على ما عليه اكثر المشايخ وهو دين
ولهذا تصح الكفالة به انتهى **قوله** اي يكون مما يضمن بمثله من جنسه
قال الحبر الكامل الفاضل رحمه الله تعالى فيه بحث لان ضمانه الحالة ويعني ان حكم الكل
هو التضمين بالمثل على ما افصح عنه قوله فعليه مثله فلو فسر كلامه مثل
في صورة المسئلة بما يضمن بمثله من جنسه يصير الحاصل ان ما يضمن
بمثله يضمن بمثله **اقول** يمكن دفع الدور المذكور بان يحمل مراده من قوله
يكون مما يضمن بمثله من جنسه ما يضمن في سائر صور التضمين كالاتلاف
والسرقة فياول المعنى الى انه ان كان المغصوب مما يضمن في سائر الصور بمثله
من جنسه يضمن في الغاصب ايضا بمثله او بان يحمل مراده على امكان تضمينه
بمثله فياول المعنى الى انه ان كان المغصوب شيئا يمكن تضمينه بمثله
من جنسه بان امكن مراعاة الحق في الجنس يضمن به ثم وجه تفسير الشارح
بما ذكره يظهر من قوله فيما سيجيء ان معناه الشيء الذي لا يضمن بمثله
من جنسه لان الذي لا مثل له هو الله تعالى **قال** قيل انما قدم قول الحرس
لتثبت الاقوال بحسب الزمان قال بعض الاجلة بعد ما زيف الوجه المذكور
فالوجه المذكور ان المص جرى ههنا ايضا على عادته المعروفة من تاخير الدليل
فالاقوى عند ذكر الادلة على الاقوال المختلفة ليحصل الجواب من ادلة
المتقدم كما حصل ههنا ايضا ذكره على ما شهد به التامل الصادق
اقول لا يذهب على من له قدم راسخ في مطالعة هذا الكتاب وكتب
شائع في تصفح ما فيه من الكتب والفصول والابواب ان عادة المص

في ذكر المسائل تقديم الاقوى كما ان عادته في ذكر الادلة تاخير الاقوى
فالاقوى لا يخرق عادته هذه الا نادرا لامر يقتضيه وشيء
يستدعيه وههنا كما قدم قول ابي يوسف في بسط الدلائل ولم يذكر
قدم قوله في ذكر المسائل فعارضه دلالة تقديمه في الدليل على
ضعفه دلالة تقديمه في ذكر المسائل على قوته وعن هذا تصدى
شراح الكتاب لبيان وجه التقديم مع التاخير منهم ذلك
والفاضل المذكور لغفوله عما ذكر قال ما قال والله اعلم بحقيقة
الحال قوله بخلاف ما لا مثل له لانه مطالب بالقيمة باصل السبب
اعترض عليه بعض الاجلة حيث قال فيه اشكال لان هذا لا يتمشى على ما
سيجيء عن قريب من ان الموجب الاصلي في الغصب هو رد العين ورد
القيمة مخلص خلفا اذ المطالب باصل السبب حينئذ فيما لا مثل له ايضا
انما هو رد العين لانه الواجب الاصلي وانما ينتقل الى القيمة
بهلاك العين فينبغي ان يعتبر قيمته وقت هلاك عينه لا وقت
وجود اصل السبب الى وقد سبق منا هذا الاعتراض من الحبر
الفاضل رحمه الله حيث قال فيه بحث فانه مطالب بالعين
اذا كانت قائمة على القول الاقوى اقول لا نسلم عدم كون
القيمة على المذهب المذكور ايضا مطالبا بالغصب الذي هو
اصل السبب ولا يلزم من كون الانتقال حال العجز ان لا يكون
اصله ذلك صرح المص بنفسه حيث قال وهذا لان العين
داخل في ضمانه بالغصب السابق اذ هو السبب وعند العجز عن رده
تجب القيمة او يتقرر بذلك السبب ولهذا يعتبر قيمته يوم
الغصب وقد صرح الشراح بان قوله وعند العجز عن رده
تجب القيمة او يتقرر ناظر الى المذهبين فقوله بذلك السبب قيد
للوجوب او التقرر انتهى فيوم الغصب يوم السبب على المذهبين
نعم ههنا شبهة في وجه الفرق بين المثلي والقيمي على رأي

ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله في اسناد وجود الخلاف في الاول
الى اصل السبب وفي الثاني الى حال الوجوب وهي حال الانقطاع
او القضاء الا انه كلام آخر ذكره الشهلوي بقوله يشكل الفرق
على قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله اقول وتحقيقه ان معناه
الشيء الذي لا يضمن بمثله من جنسه واعترض عليه بعض الاجلة
حيث قال هذا الذي عده تحقيقا مما لا طائل تحته بل لا حاصل له
لانه ان اراد بالشيء الذي لا يضمن بمثله من جنسه فينافي تعليله
بقوله لان الذي لا مثل له في الحقيقة هو الله تعالى لان ما لا يكون
له مثل من جنسه لا يكون له مثل من غير جنسه بالاولوية
فعليه قيمته يوم غصبه وان اراد بذلك ما لا مثل له كما هو الظاهر
من تعليله فعلى تقدير ان يكون هذا معنى قول المص وذكر
ما لا مثل له في قوله وفيما لا مثل له قيمته يلزم الاستدراك في وضع
المسئلة اذ يصير معنى وما لا يضمن بمثله من جنسه بل يضمن
بقيمته فعليه قيمته اي يضمن بقيمته فيشبه جواب المسئلة
بلغو من الكلام اقول فيه بحث فانه يمكن الجواب عما ذكره على اختيار
كل واحد من الشقين اما على الاول فلان ما ذكره من ان ما لا مثل له
من جنسه لا يكون له مثل من غير جنسه ايضا م فان قيمة كل شيء
مثل له معنى وان لم يكن مثلا له صورة حتى ان صاحب الكافي
قال ان المراد من المثل في قوله تعالى بمثل ما اعتدى عليكم ذلك على ما يجيء
واما على الثاني فلان كون المراد من قوله ما لا يضمن بمثله
من جنسه ما له مثل من جنسه ولكن لا يضمن بمثله من جنسه
انما يستلزم اللغو ان لو ضم اليه قوله ويضمن بقيمته والضم
المذكور ليس بلازم فلزوم اللغو محل بحث لجواز ان يكون المراد
ان ما له مثل من جنسه ولكن لا يضمن بذلك المثل فضمانه بالقيمة
تام قال واذا غصب عقارا قال الحبر الفاضل لفظ الغصب

هنا مجاز على سبيل المشاكلة قال بعض الاجلة المراد بالغصب في قوله
واذا غصب عقارا هو الغصب اللغوي دون الشرعي فلا يتجه ان يقال
قد تقرر ان حكم الغصب عند هلاك العين هو الضمان فكيف يصح الحكم
ههنا بعدم الضمان في غصب العقار لان الضمان انما هو حكم الغصب
الشرعي دون اللغوي والمتحقق ههنا هو الثاني دون الاول
ثم اعترض على ما ذكره الجد الفاضل حيث قال فيه ان المصير الى المجاز
انما هو عند تعذر الحقيقة وههنا الحقيقة اللغوية متيسرة فلا
يصار الى المجاز اللهم الا ان يريد بالمجاز المجاز بالنظر الى الوضع الشرعي
ولكن حق الاداء ما قررناه **اقول** بل الحق في التحرير ما ذكره ذلك النحرير
فان كتابنا هذا لما كان من الكتب الشرعية وكان لفظ الغصب
مجازا فيما استعمل فيه نظرا الى الوضع الشرعي كان المقام مقام التعرض
الى مجازيته مع ان التعبير المذكور متضمن للاشارة الى وجه
العدول عن الحقيقة الشرعية الى المجاز الشرعي الذي هو
الحقيقة الشرعية وهو المشاكلة بخلاف تعبير المعترض كما لا يخفى
تامل قال في غاية البيان وقد اختلفت عبارات مشايخنا
في غصب الدور والعقار على مذهب ابي حنيفة وابي يوسف فقال
بعضهم يتحقق فيها الغصب ولكن لا على وجه يوجب الضمان واليه
مال القدوري في قوله واذا غصب عقارا وقال بعضهم لا يتحقق اصلا و
اليه اكثر المشايخ اعترض عليه بعض الاجلة حيث قال فيه بحث
لانه ان اراد ان بعضهم قال يتحقق فيها الغصب الشرعي يتحقق عندهما
فيها كيف ولو قال لما صح منه ان يقول لا على وجه يوجب الضمان
الخ **اقول** نختار هذا الشق ونمنع عدم صحة القول بعدم الضمان
يجوز ان يكون للغصب في الشرع معنيان وان يكون الضمان في حكم
احدهما دون الآخر فحينئذ يجوز القول بتحقق الغصب الشرعي لا على وجه
يوجب الضمان يرشدك اليه ما ذكره حسام الدين التوقاتي

في شرح

في شرح الوقاية الموسوم بالعناية حيث قال بعد تعريف الغصب الشرعي
على الوجه المذكور في الكتاب اعلم ان هذا حد الغصب الموجب
للرد وهو يكون باثبات اليد على مال الغير على وجه التعدي بدون
ازالة اليد تامل ولو نقول تحقق الغصب بالمعنى الشرعي فيه لا يقتضي
تحقق الضمان لجواز ان يكون الضمان حكم بعض افراد الغصب الشرعي
على ما ذكره الفاضل ابن الهمام في السرقة حيث قال وللسرقة تفسير
لغة وهو ما ذكر في الكتاب وهو اخذ الشيء من الغير على وجه الخفية
وفي الشريعة هو هذا ايضا وانما زيد على مفهومها قيود في اناطة
الحكم الشرعي بها اذ لا شك ان اخذ الاقل من النصاب خفية سرقة
شرعا لكن لم يعلق الشرع به حكم القطع فهي شروط
لذلك الحكم الشرعي فاذا قيل السرقة الشرعية هي الاخذ
خفية مع كذا ومع كذا لا يحسن انتهى **قوله** فانتفى ازالة اليد
والكل ينتفي بانتفاء جزئه اعترض عليه بعض الاجلة حيث قال
المتبادر من قوله فانتفى ازالة اليد بدون التقييد انه لا يتحقق
ازالة اليد اصلا في العقار عندهما اذ قد قرر في تعليل قول محمد
انه من ضرورة اثبات اليد زوال يد المالك لاستحالة اجتماع
اليدين في محل واحد في حالة واحدة وفي تعليل قولهما ههنا
لم يتعرض لنفي تلك المقدمة وليس بقابلة للنفي **اقول** للقائل ان يقول
الظاهر من قول المصنف في مبسوط والغصب فيما ينقل ويحول لان
الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لان ازالة اليد بالنقل
وكذا الظاهر من عدم قيد الفعل في العين في تعريف الغصب انه
يكون قيد الفعل في العين ليتحقق قيد الازالة لا قيدا آخر
مستقلا وان يكون مدار عدم تحقق الغصب في العقار عندهما
عدم تحقق حقيقة الازالة يرشدك الى هذا ما ذكره بعض
الشراح حيث قال فان محمدا يساعدهما في ان حد الغصب

هو ازالة اليد المحقة عن يد المالك باثبات اليد عليه غير ان له عذرا في تحقق
الغصب في العقار لانه يشترط في تحقق الغصب ازالة يد المالك
وتحقيقه ان وجوب ضمان الغصب يعتمد تفويت يد المالك وذلك
فيما يتأتى ذلك فيه واما فيما لا يتأتى فيتم بعدم تمكنه لاثبات الحكم
وهو الاستيلاء باقصى ما يمكنه كالسكنى واخراج يد المالك عنها
قال المحقق فصار كما بعد المالك عن المواشي اقول يرد عليه ان عدم
الضمان بمجرد هلاك المواشي بسبب منع مالكها عنها لا يدل على كون
ضمان الغصب مشروطا بفعل في العين فانه لم يتحقق في هذه الصورة
نفس الاخذ واثبات اليد وتوقف ضمان الغصب عليه اتفاقي
فجاز ان يكون عدم الضمان فيه لفوات ذلك لا لفوات الفعل في العين
ولعل مراد الحبر الفاضل رحمه الله تعالى بقوله والخصم ان يقول انما لم يضمن
فيه لانتفاء اثبات اليد معلق على هذا وان مراده رحمه الله تعالى
ما ذكرناه الا ان المرتب اخطأ في الترتيب فعلقه على قوله وهذا
لا يتصور في العقار ولم يتنبه له بعض الاجلة فاورد عليه
ما اورد قال وما انتقص بفعله وسكناه ضمنه في قولهم جميعا
المراد بالفعل الهدم وبالسكنى السكنى على وجه مخصوص مثل ان
يعمل بوهن البيت كالحدادة والقصارة وعبر صاحب الوقاية
تحرير المقصود في هذا المقام حيث قال وما انتقص بفعله كسكناه واعترض
عليه صاحب الدرر حيث قال الوهم عليه ان السكنى ان قيد
بالعمل الموهن لم يبق للمثال الاول اعني الهدم تعرض والا لزم
كون السكنى المجردة عن العمل الموهن سببا للضمان وقد عرفت
ان الدار مع السكنى اذا انهدمت بآفة سماوية ليس فيه ضمان
اقول للقائل ان يقول نختار الاول ونمنع بطلان عدم التعرض
للهدم فان سببية الثاني للضمان يفيد سببية الاول بطريق
الاولوية فانه اذا كان السكنى بعمل الحدادة مثلا سببا
للضمان

للضمان لما يتضمنه من وهن البيت فالهدم قصدا يكون سببا للضمان
بطريق الاولوية قال لانه فعل في العين اقول لا وجه للتعرض
لوجود الفعل في العين في هذه الصورة فان الكلام ههنا في وجوب
ضمان الاتلاف وانما الذي تقرر فيما سبق هو الاحتياج عند ابي
حنيفة وابي يوسف الى تحقق الفعل في العين في ضمان الغصب
لا الاتلاف واما توقف جميع اقسام الضمان على الفعل في العين
فمما لا يقول به احد كيف وقد تقرر ان حافر البئر على قارعة الطريق
ضامن لما سقط فيه ولم يكن الضمان في تلك الصورة الا من الحفر فتأمل
قال ولو غصب عقارا فباعها وسلمها الى ان ذكر ان العقار
ايضا يضمن بالاتلاف عندهما وكان في هذه المسألة احتمال تحقق
الاتلاف وراء تحقق الغصب لامتناع وصول المالك الى المغصوب
حيث فرض عجزه عن البينة ممكن في هذه المسألة احتمال ان يكون
حكمها الضمان على رأي جميع علمائنا كما ذهب اليه بعض المشايخ
فاراد دفع ذلك الوهم وبيان ان الصحيح هو ان تكون هي ايضا
على الاختلاف وما ذكره الشراح من ان الاتلاف مستند الى عجز المالك
عن البينة فتأمل قوله لان البيع والتسليم غصب يرد
عليه ان المعطوف البيع والتسليم على الغصب والعطف يقتضي
المغايرة الا ان يحمل نوعا فعل وجهه فاذا لم يكن للمالك بينة
تحقق الغصب اقول هذا سهو ظاهر فانه انما قيد بقوله ولا بينة
له ليتحقق الاتلاف الصوري الذي كان منشأ لتوهم الاتفاق
في هذه المسألة على ما بيناه آنفا واما الغصب فهو يتحقق بالبيع
والتسليم بل قبلهما ايضا ولعل مراد الحبر الفاضل من قوله
فيه بحث ما ذكرناه والله اعلم قوله فلا يضمن البائع بالاتفاق
من المشايخ لا بالاتفاق من المجتهدين فان امكان اقامة البينة
لا يمنع الضمان الثابت بالغصب عند محمد وفيه ما فيه قوله بل نعم

المالك عن اثبات ملكه ببينته بل باقدام المشتري على اليمين فانه
لو نكل كان يقضي للمالك وان عجز عن البينة قال ولما سبق ان
الغصب فيما ينقل اي الغصب الشرعي الموجب للضمان يعني ان حكم
المسئلة قوله ضمنه وقد سبق ان الغصب الشرعي الموجب للضمان
مخصوص بالمنقول فالمراد من الغصب الواقع في اكثر النسخ هو المنقول
فلا يرد ما اورده بعض الاجلة مبنيا على المفعول ولا حاجة الى ما
اطنبه في الجواب والله اعلم بالصواب قال اما فيما لا يتعين
كالثمن الخ فتلخص مما ذكره المصنف في هذا المقام ان المغصوب
اذا كان مما لا يتعين وقد حصل به الربح فعلى رأي بعض المشايخ
لا يجب التصدق بربحه الا في صورة الاشارة والنقد منه وعلى بعض
يجب على كل حال وقد سبق في احكام البيع الفاسد ان الربح الحاصل
بالثمن في البيع الفاسد يطيب للبائع لعدم كونه مما يتعين بالتعيين فوجب
الفرق بين البيع الفاسد والغصب في خصوص النقدين وقد ذكر
المصنف هناك وجه الفرق حيث قال ومن اشترى جارية بيعا فاسدا
فتقابضا وباعها وربح فيها تصدق بالربح ويطيب للبائع ما ربح في الثمن
والفرق ان الجارية مما يتعين فيتعلق العقد بها فيتمكن الخبث في الربح
والدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود فلم يتعلق العقد الثاني
بعينها فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصدق وهذا في الخبث الذي
سببه فساد الملك لعدم الملك عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
يشمل النوعين لتعلق العقد فيما يتعين شبهة من حيث انه يتعلق
به سلامة المبيع او تقدير الثمن وعند فساد الملك تنقلب
الحقيقة شبهة والشبهة تنزل الى شبهة الشبهة والشبهة
هي المعتبرة دون النازل عنها اقول اراد بعدم الملك صورة
الغصب والوديعة على ما فصله الشراح ثمة فيرد على هذا الفرق
ان ما ذكره وان كان وجها لشمول الخبث للنوعين في الغصب

قبل

قبل الضمان لكنه لا يكون وجها لشموله لاحد النوعين المذكورين اعني
ما يتعين بالتعيين في الغصب بعد الضمان فان تلك الصورة الملك
المستند الى حين الغصب ثابت باعتراف الامام مع انضمام فيصادف
التصرف الملك نهاية الامر انهما يقولان ان الملك الحاصل ناقص فلا
يزول به الخبث على ما سبق في الدرس السابق حيث قال ولهما انه
حصل بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير وما هذا حاله فسبيله
التصدق ويجب الملك الحاصل ناقص فلا يعدم به الخبث انتهى ولا يخفى
على ذي مسكة انه لا اقل من ان يورث الملك شبهة فكان ينبغي
ان تنزل شبهة الخبث فيما لا يتعين بالتعيين الى شبهة الشبهة
فلا يجب التصدق كما في صورة الفساد فتامل والله ولي الارشاد
قال لان الاشارة اذا كانت لا تفيد التعيين لا بد ان يتاكد
بالنقد ليتحقق الخبث اقول الحق عدم وجوب التصدق
في الصور الثلث والوجه المذكور قاصر عن الدلالة على عدم
وجوب التصدق في غير صورة واحدة هيهنا وهي ما اذا اشار اليها
ونقد من غيرها فتامل قوله لان الاشارة اذا كانت لا تفيد التعيين
كان وجودها وعدمها سواء اقول اذا استوى وجود الاشارة
وعدمها كان ينبغي ان يجب التصدق فيما اذا اشار الى غيرها ونقد
منها وفيما اذا لم يشر الى شيء ونقد منها فتامل فصل فيما يتغير
بعمل الغاصب قوله لما فرغ من بيان حقيقة الغصب وحكمه
من وجوب رد العين والمثل او القيمة اعقبه بذكر ما يزول به
ملك المالك لانه عارض اقول كلامه هنا يحتمل وجهين
احدهما ان يرجع الضمير في قوله لانه عارض الى زوال الملك
المفهوم من قوله بذكر ما يزول به ملك المالك والاخر ان يرجع
الى ما يزول به ملك المالك وهو التغيير فان كلا من الزوال
او التغيير عارض كما لا يخفى لكون التغيير مما يزول به ملك المالك

مع عدم توقف ما هو مترتب عليه لكون التغير في نفسه مع قطع النظر
عن كونه سببا للزوال امرا عارضا للاشعار بان البحث عن تغير المغصوب
ليس لذاته بل لكونه سببا لزوال الملك عندنا خلافا للشافعي رح فتأمل
ثم ان بعض الاجلة اعترض على الكلام المذكور حيث قال فيه كلام
اما اولا فلان كون ما يزول به ملك المالك وان كان عارضا لاصل الغصب
الا ان رد المثل او القيمة متفرع على تحقق هذا العارض الى قوله
واما ثانيا فلان كون ما يزول به ملك المالك عارضا انما يقتضي
استحقاقه التأخير لا فصله عما قبله بان يورد في فصل على حدة
ثم قال فيما نقل عنه على قوله الاول لا يقال ذكر رد المثل او القيمة
فيما قبل انما وقع بطريق التبعية لذكر رد العين لانا نقول
ترتيب هذا الكتاب لا يتحمل ذلك الاعتبار لان بيان ضمان المثل
وضمان القيمة قد تقدم في هذا الكتاب على بيان وجوب رد العين
اقول كلامه فيه موضع اما الاول فلانا نختار انه قدم ما هو
الموجب الاصلي للغصب وهو رد العين على التغير لكون الاول
مبنيا على الاصل والثاني عارضا ثم لما ذكره استتبع ذلك
ذكر الحكمين الآخرين وقدم في المذكر لذلك الحكمان على الحكم الاصلي
الذي هو رد العين لوجه اقتضاه مثل ان يكون معظم الخلاف فيهما
وتقديم الاستطرادي على ما هو مذكور اصالة ليس بعجيب
واقع كما في باب العشر والخراج فانه قال الشيخ هناك لما ذكر
فيما قبل ما يصير الكافر ذميا ذكر في هذا الباب ما يجب على الذمي
من الوظائف المالية وهو الخراج لكن لما ذكر الخراج استدعى
ذكر العشر لان سببهما الارض النامية وقدم العشر بناء
على ان فيه معنى القربة انتهى واما ثانيا فلان التسابق
والتلاحق لما انفصلا بان يكون احدهما ذاتيا والآخر عارضيا
ناسب ان يذكر احدهما في غير ما يذكر فيه الآخر جريا على مقتضى

الفصال

الفصال التأمل **قوله** ليتناول الحنطة اذا غصبها وطحنها **اقول**
فيه بحث اما اولا فلانه اذا كان قول المص وعظم منافعها تأكيدا
لقوله اسمها وكان القيد الاول متناولا للصورة المذكورة على ما ذكره
نفسه فيما سيجيء بعد اسطر لا يكون وجه لاسناد التناول المذكور
الى قوله وعظم منافعها بعد اسناد الاحتراز الى قوله حتى زال
اسمها على طريق التوزيع والتقسيم واما ثانيا فلان زيادة قيد
على قيد بطريق العطف بالواو في امثال هذا المحل يكون للاخراج
لا للتناول فان القيد الثاني يعتبر مع القيد الاول فان لم يتناول
الاول شيئا لا يتناوله الثاني ايضا كما لا يخفى على المتأمل فلو فرض
ان قوله وعظم منافعها قيد آخر غير زوال الاسم لا يكون لاسناد
تناول صورة المغصوب اليه وجه فتبصر **قوله** والظاهر انه تأكيد
لان قوله زوال اسمها تناوله اعترض عليه بعض الاجلة حاذيا
حذو الجد الفاضل رحمه الله حيث قال الصواب انه احتراز عما اذا غصب
شاة فذبحها وأربها فانه لا يزول بالذبح والتأريب ملك مالكها
كما سيأتي في الكتاب مع انه زال اسمها بعد التأريب لكن لم يزل
عظم منافعها وهو اللحمية الخ **اقول** مبنى ما ذكره على ان يكون
وجه عدم زوال الملك في صورة التأريب عدم زوال عظم المنافع
وهو مخالف لما هو مذهب المص فانه اجاب عن قياس الشافعي
للمسائل المتنازع فيها على مسئلة الذبح والسلخ والتأريب
بان عدم زوال الملك في تلك المسئلة لعدم زوال الاسم حيث قال
بخلاف الشاة لان الاسم باق بعد الذبح والسلخ وهذا الوجه
يشمل الفصول المذكورة ويتفرع عليه غيرها فاحفظ انتهى وفيه ما فيه
قوله لا يضمنه لنقصان عنده قال الجد الفاضل رحمه الله الظاهر
ان المراد نقصان القيمة اعترض عليه بعض الاجلة حيث قال ظاهره
غير كيف وقد قال عامة الشراح في بيان قول المص فيما سيأتي

ولنا انه احدث صنعة متقومة لان قيمة الحنطة تزداد بجعلها
دقيقا وكذا قيمة الشاة تزداد بطبخها فاذا ازداد قيمة الحنطة
بجعلها دقيقا فانى يتصور هناك نقصان القيمة اقول كان هذا
الفاضل لم ير ما ذكره شارح الشرعية حيث قال ويتصور النقصان
بالطحن ان كان الناس يحتاجون الى عين الحنطة للزراعة وغيره
انتهى وطريقته لما في كلام الاتقاني من الاشارة الى جواز ذلك
حيث قال لانه اذا جعل الحنطة دقيقا تزداد قيمتها غالبا انتهى
قوله لكنه يباع في دينه اعترض عليه الجد الفاضل حيث قال لكنه
ليس في محله والظاهر فيباع اقول الجواب عنه بوجهين الاول
ان لكنه ليس من كلام الشارح نفسه بل هو منقول من كلام المص
ومعلم في نسختنا بالاحمر فيكون استدراكا من قول المص يزول
ملكه عنه وقوله ولا يسقط عنه حقه هو كلام نفسه خلله بين القولين
المذكورين مسارعة الى بيان ما هو الحاصل من بيعه في دينه
وفيه ما فيه والثاني ان لكنه قد تكون بمعنى بل ولا تكون داعيا
للاستدراك الا ترى الى قوله تعالى قال يا قوم ليس بي سفاهة
ولكني رسول من رب العالمين الآية قوله وللشافعي عطف
على قوله لانه يؤدي الى الربوا قال الجد الفاضل رحمه الله تعالى فيلزم
ان يكون تعليلا لعدم جواز ضمان النقصان عند ابي يوسف رحمه الله
وهذا خلف يعني ان المعطوف في حكم المعطوف عليه فاذا كان هذا الكلام
عطفا على قوله لانه يؤدي الى الربوا وهو دليل ابي يوسف رحمه الله تعالى
على عدم جواز ضمان النقصان يلزم ان يكون هذا ايضا كذلك وقال
بعض الاجلة رح من ان معنى قوله وللشافعي رح ان العين باق
انه في اثبات مذهبه كذا لا يجدي شيئا في دفع المحذور المذكور
وما قاسه عليه من قولهم له كذا وله كذا ولنا كذا ليس من هذا القبيل
كما يظهر بالتأمل القليل قال ولنا انه احدث صنعة متقومة

صبر

صبر حق المالك هالكا من وجه الى ان قلت ما ذكره يجري فيما اذا كانت
الصنعة متقومة ايضا فما بالهم خصوا الحكم بصورة التقوم قلت
التعارض والاحتياج الى الترجيح انما يتحقق في صورة تقوم الصنعة
فان في صورة عدم تقومها يتعين جانب المغصوب منه على ما افصح
عنه الفاضل التفتازاني في التلويح حيث قال وذكروا للترجيح
بالوصف الذاتي امثلة اخرى منها مسئلة انقطاع حق المالك
من العين الى القيمة لصنعة في المغصوب خياطة او صياغة او طبخ
بحيث تزداد بها قيمة المغصوب فان كلا من الوصف الحادث
والاصيل متقوم ولا سبيل الى ابطال احد الحقين ولا الى اثبات
الشركة لاختلاف فلا بد من غلبة احدهما بالقيمة فرجحنا حق
الغاصب الخ قوله اذا تعارض ضربا ترجيح كان الرجحان في الذات
احق منه في الحال هذه ضابطة من ضوابط الاصول وحاصلها
ان الرجحان بالوصف الذاتي كالوجود في مسئلتنا هذه احق
من الرجحان بالوصف العارضي كالبقاء فيها ولما كان للوصف الذاتي
شدة اتصال بالذات بخلاف الوصف العارضي عبر عن الاول
بالذات وعن الثاني بالحال فالمراد بالذات في القول المذكور
هو الوصف الذاتي لا الوجود بعينه والمراد بالحال هو الوصف
العارضي لا البقاء بعينه كما ذكره الجد الفاضل نعم ان المراد
من الوصف الذاتي ههنا هو الوجود والمراد من الحال هو البقاء
كما ستعرفه ان شاء الله تعالى الا ان الكلام في بيان ما هو المراد
من الذات والحال في الضابطة المذكورة التي كانت المسئلة
التي نحن فيها جزئيا من جزئياتها ثم ان حاصل الاحتجاج بتلك
الضابطة على المراد هو ان الصنعة قائمة من كل وجه لم يلحق
حدوثها تغيير بخلاف المغصوب فانه ثابت من وجه حيث انعدم
صورته وبقي معنا فرجحنا الاعتبار بالصنعة لرجحانها

في الوجود وهو معنى اجمع الحالات على الاعتبار بجانب المعنى
لان رجحانها باعتبار بقاء الصنعة والبقاء حال بعد الوجود
قال المص ولا يجعله سببا اقول الضمير راجع الى لفظ الفعل الواقع
في قوله فلا معنى لجعله فانه محظور فان هذا الكلام سبق جوابا
عنه فلا وجه لما ذكره الحبر الفاضل حيث قال اي لا يجعل الصنعة
بتاويل الفعل او على اعتبار المفعول الثاني قال او ضمنه المالك
قال صاحب الكفاية ومعنى قوله او ضمنه المالك اخذ الضمان او تراضيا
على مقدار من الضمان قال بعض الاجلة يرد عليه ان قول المص فيما قبل
واذا ادى البدل ساج يعني هذا المعنى فيلزم ان يكون قوله
او ضمنه المالك مستدركا ويمكن ان يجاب عنه بان يجوز ان يكون
المراد بتضمين المالك اخذ الضمان بغير رضى الغاصب وبغير القضا
دون مطلق اخذ الضمان والمراد بقوله فيما قبل واذا ادى البدل
اداؤه برضاه دون مطلق الاداء الخ اقول يرد على الجواب
المذكور انه اذا اريد من تضمين المالك اخذ الضمان الفضالي
قول المص في التعليل لانه لا يقضي الا ويطلبه فانه يقتضي ان يكون
الاداء في الصور كلها سيما الصورة التي تليها بقضاء القاضي
ولو جوز ان يكون التعليل المذكور تعليلا لبعض تلك الصورة تندفع
ما ذكره نفسه اعتراضا على ما ذكره الشارح في تفسير قول المص او ضمنه
الحاكم فتامل ثم قال ذلك الفاضل بقي الكلام في قول صاحب الكفاية
او تراضيا على مقدار من الضمان فانه يقتضي الاستدراك اذ التراضي
قد كان معتبرا في قول المص واذا ادى يباح كما يدل عليه تعليله هناك
بقوله لان حق المالك صار موفا بالبدل فحصلت مبادلة بالتراضي
ويمكن ان يجاب الخ اقول ما ذكره ظاهر السقوط فان المراد من
التراضي هو التراضي المجرد عن الاداء والمذكور سابقا هو التراضي
مع اداء البدل ولا يخفى ان ثبوت الاباحة مع التراضي الحاصل

في ضمن اداء البدل ليس عين ثبوتها مع مجرد التراضي بلا اداء البدل
ولا هو مستلزم له وثبوت الاباحة مع مجرد التراضي كثبوتها
مع مجرد القضا منصوص عليه في المعتبرات منها المبسوط والذخيرة
حيث قيل فيهما مذهب اصحابنا ان المالك لا يملك المغصوب الا عند اداء
الضمان او قضاء القاضي بالضمان او برضى الخصمين على الضمان
انتهى نعم يرد انه حصل الاستغناء حينئذ بذكر هذه المسئلة على
الاولى لكنه مشترك الالزام فانه دائر وعلى تقدير ان يرد هذا
الذي توهمه بالجواب الذي ذكره على ان ذلك مما لا باس به والمص
لا يتحاشى عن مثله الا ترى انه ذكر ثبوت الاباحة بمجرد القضاء
بلا اداء البدل مع ذكر ثبوتها بالقضاء مع ادائه مع ثبوت الاستغناء
بالاول عن الثاني تامل قال المص وكذا الصنعة فيها غير متقومة
مطلقا المفهوم من هذا ان توقف تملك الغاصب للمغصوب على احداث
صنعة تكون حاقيقة في جميع الاحوال فيرد عليه انه قد سبق ان
الغاصب اذا طحن الحنطة وجعلها دقيقا يملكها وقد سبق ايضا
ان زيادة قيمة الحنطة بجعلها دقيقا ليس مطلقا بل في الغالب
فتامل قوله والظاهر من كلام المص بقي خيار المالك بين تضمين
قيمتها وبين امساك الجبة وتضمين نقصانها ويكون ذلك اختيارا
منه وان كان نقل الكتب على خلافه فانه ذكر في الذخيرة والمغني
فقال او في المنتقى هشام عن محمد اقول ما توهمه من المخالفة
ليس بشيء فان ما ذكره المص هو قول ابي حنيفة رح وعليه الاعتماد
وما ذكر في الذخيرة والمغني هو قول محمد رح على ما نرى فانه قال
في الخانية ولو قطع يد حمار او بغل او قطع رجله فصاحبه
بالخيار ان شاء ضمنه القيمة ودفع اليه الدابة وان شاء
امسكها ولا يرجع على الغاصب بشيء بخلاف ما لو كان المغصوب
عبدا او جارية فقطع يدها او رجلها كان لصاحبها ان يضمن

الغاصب قيمتها ويدفع اليد المغصوبة وان شاء ضمنه النقصان الى قوله
وقال محمد ان كان له قيمة بعد قطع اليد والرجل فان شاء ضمنه
القيمة وان شاء امسك الدابة وضمنه النقصان والاعتماد
على قول ابي حنيفة رح انتهى وبهذا ظهر عدم سداد ما ذكره صاحب
الكفاية وعدم تنبه بعض الاجلة لحقيقة الحال قال والفرق
ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة قال الشارح
يعني ان لا تبقى جميع منافعه بل يفوت بعضه ويبقى بعضه الحق ليس
وانما كان ذلك صحيحا دون غيره لان محمدا جعل في الاصل قطع الثوب
نقصانا فاحشا فقال واذا غصب ثوبا وقطعه قميصا ولم يخطه
فله ان ياخذ ثوبه ويضمنه ما نقص القطع وان شاء ترك الثوب
عليه وضمنه قيمة الثوب ولا شك ان الفائت به بعض المنافع
اقول الاستدلال بتلك المسئلة على عموم صحتها انما اشار اليه
القدوري من قوله ان الفاحش ما يبطل به عامة المنافع موقوف
على ان يكون مراد القدوري من قوله فللمالك ان يضمنه جميع قيمته
ان يكون له على سبيل التخيير على ما ذهب اليه المص حيث قال
معناه ترك الثوب عليه وان شاء اخذ الثوب وضمنه النقصان
والذي يخطر بالبال والعلم عند الخبير المتعال هو ان للفاحش
مرتبتين اعلى وهو ما تفوت به عامة المنافع وادنى منه وهو
ما يفوت به بعض المنافع وهو فاحش بالنسبة الى اليسير
الذي لا تفوت به الا الجودة وان حكم الاول هو تضمين جميع
القيمة لا غير وان مراد القدوري من الخرق الكثير هو الاول
ومراده من قوله فللمالك ان يضمنه جميع قيمته ان يكون ذلك
عينا لا على سبيل التخيير كما ان مراده من قوله ولو كانت الدابة
غير ماكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك ان يضمنه قيمتها
انتهى ذكر على ما اعترف به الشارح نفسه حيث قال الظاهر

من كلامه ينفي اختيار المالك الى فلو وجد لما جعله المص من جملة
معنى قوله فللمالك ان يضمنه جميع قيمته على التخيير على زوال عامة
المنافع وبالجملة ان ما ذكره القدوري هو الخرق الافحش الذي
يصير به المغصوب مستهلكا فلا يكون للمالك الا تسليم المغصوب
وتضمين جميع القيمة وفي تحقق هذه المرتبة لا بد من زوال
عامة المنافع بلا شبهة فتامل قوله وتخيير المالك اولى
لان الثوب اصل اقول لا ولوية تخيير المالك وجها ولحصر هذا
الوجه وهو ان التخيير ترفيه يتضمن جبر خاطر المخير والغاصب جان
لا يستحق الترفيه بخلاف المغصوب منه فانه مظلوم ومجني عليه
فهو احق به منه قال المص سماه قيميا مع انه فيما يستحق المثل
بالقيمة لقيام المثل في المثليات مقامه اي مقام القيمة في القيميات
هذا هو المعنى الظاهر الذي تقبله الطباع ويرتضيه من له في
الصناعة باع واما ما ذكره الشارح بقوله لقيام المثل مقام
المغصوب فليس بذلك قوله وكل من ملك بدل شيء خرج المبدل
عن ملكه ودخل في ملك صاحب البدل اقول في الكلية المذكورة
وهي مذهب الامامين بحث فان في صورة الخيار يخرج المبيع عن ملك
البائع ويملكه المشتري عندهما مع انه لا يخرج الثمن عن ملكه
للخيار فتامل قوله وكلامه يشير الى ان سبب الملك هو الغصب
والا لم يكن تعليل الشافعي بذلك مناسبا يعني استدل الشافعي
على عدم التملك في صورة التغييب بان فيه جعل الغصب الذي هو عدوان
سببا للملك ولم يكن السبب للملك في تلك الصورة الغصب
لا يكون ما ذكره الشافعي في التعليل مناسبا ويكون المناسب
ان يتعرض له المص في صدد ترشيح دليله والمص لما لم ينف ما ذكره
في صدد الاستدلال من جانبنا ولم يتعرض لعدم مناسبة ما ذكره
الشافعي دل على انه مسلم عندنا ايضا وفيه بحث فان الظاهر

من مساق كلام المص هو نفي ما ذكره الشافعي مع بيان عدم المنافاة فانه قال ولنا انه ملك البدل بكماله والمبدل قابل للنقل فيملكه والظاهر من هذا الكلام عدم تسليم ان السبب للملك في هذه الصورة هو الغصب وادعا ان سببه تملك المغصوب منه للقيمة كما هو مذهب علمائنا الآن نعم ان ما ذكره هو الظاهر من العبارة الا انه عند الامعان يأول الى تسليم كون السبب الغصب يرشدك الى هذا ان صدر الشريعة قال في التوضيحات الغصب لا يفيد ملكا بل انما يثبت الملك في المغصوب بناء على ان الضمان صار ملكا للمغصوب منه فلو لم يخرج المغصوب عن ملكه ولم يدخل في ملك الغاصب لاجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد قال الفاضل التفتازاني في التلويح قلنا ليس المراد ان سبب الملك هو ملك الضمان او تقرير الضمان على الغاصب بل السبب هو الغصب لكن لا من حيث كونه مقصودا من الغصب بل من حيث كونه شرطا لحكم شرعي هو وجوب الضمان المتوقف على خروج المغصوب عن ملك المغصوب منه الخ ولا يخفى ان مآل عبارة التوضيح والمغني واحد فاذا كان معنى كلام صاحب التوضيح ما ذكره العلامة التفتازاني يكون معنى كلام المص ايضا ذلك ثم ان الحبر الفاضل قال في هذا المقام فيه بحث فان عدم مناسبته لا يهمنا غايته ان يكون وجها آخر لنا في الجواب قال بعض الاجلة كيف لا يهمنا عدم مناسبة تعليله وهو خصمنا في هذه المسئلة وتزييف دليل خصمنا مما يهمنا لا محالة فان قيل قد استغنى عن تزييف دليله بهذا الوجه بما ذكره بقوله ولنا انه ملك البدل بكماله قلنا ما ذكره بقوله ولنا انه ملك البدل بكماله لا يصلح جوابا عما قال الشافعي رح ولا يدفع اشكال ان يكون ما هو عدوان محض سببا للملك بما ذكره الشافعي **اقول**

ليس

ليس الامر كما زعم فان حاصل الدليل الذي ذكره المص منع كون العدوان سببا للملك من حيث انه عدوان وتجويز سببية العدوان للملك بحيثية اخرى فتامل **قال** او ضرورة الى اشارة الى ما سبق حيث قال ولنا انه ملك البدل بكماله والبدل قابل للنقل من ملك الى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه ولكن لا يخفى عليك ان هذا انما يكون وجها لعدم نفاذ العتاق الواقع قبل الضمان بعد الغصب كما لا يقتضي ان لا ينفذ العتاق الواقع بعد الضمان فان كون الملك المذكور ضروريا لا يزول بعد تاريخ الضمان بخلاف الوجه الاول فان كون الملك المذكور مستندا انما هو قبل تاريخ الضمان بعد تاريخ الغصب اذ الاصل ان يكون الحكم بعد العلة وعلة الملك هو الضمان فالاصل ان يكون الملك ايضا بعده وانما جعل الملك المعتبر بالضمان موجودا قبل الضمان بطريق الاستناد بخلاف ما بعد الضمان فان ثبوت الملك فيه على مقتضى الاصل تامل **قوله** والناقص يكفي لنفوذ البيع دون الاعتاق بالنص قال الحبر الفاضل في تفسير النص المذكور قال عليه السلام لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم **اقول** لا يذهب عليك ان هذا النص انما يدل على ان الملك لا بد منه في صحة العتاق لا على ان ذلك الملك لا بد ان يكون كاملا في العتاق دون البيع **قوله** فان الولد يكون مضمونا عليه لوجود سبب الضمان في حق الام **اقول** هذا شرح للكلام بما يرضيه صاحبه فان الظاهر من كلام المص هو ان يكون وجه ضمان ولد المغصوبة عند الشافعي رحمه الله تحقق سبب الضمان وهو اثبات اليد على مال الغير في نفس الولد لا سراية وصف الضمان من الام اليه فان مسلك آخر سيذكره الشارح بقوله وعورض بان الام مضمونة البتة والاوصاف القارة في الامهات تسري الى الاولاد الخ فالظاهر ان يكون علة للضمان الى الصورة التي قاس الشافعي هذه الصورة عليها متحققة في نفس المضمون لا في الام فالاولى

ستنتاد

ان يقول فان الولد يكون مضمونا عليه لوجود اثبات اليد فيه
فتامل قوله اعترض بان هذا يقتضي ان يضمن الولد اذا غصب
الجارية حاملا حاصل الاعتراض ان المص علل عدم الضمان
في ولد المغصوبة بعدم الازالة فهم منه انه لو تحقق الازالة
لتحقق الضمان مع ان الامر ليس كذلك اذ الازالة متحققة في صورة
غصب الامة حاملا لان ازالة اليد عن الكل ازالة عن جزئه الموجود
في بطنها مع ان الرواية في الاسرار على عدم الضمان في تلك الصورة
ايضا وحاصل هذا الجواب الذي ذكره بقوله واجيب بان الحمل
قبل الانفصال ليس بمال ان عدم تعليل عدم الضمان في صورة ولد
المغصوبة حاملا بعدم وجود الازالة لا يدل الا على ان الازالة
لا بد منها في تحقق الغصب والضمان ولا يلزم منه ان يتحقق الغصب
والضمان في كل صورة تحقق فيها الازالة لجواز ان لا يتحققا لانعدام
قيد آخر من قيود الغصب في صورة ولد الامة المغصوبة حاملا
ان تحقق قيد الازالة لم يتحقق قيد المالية فهذا الجواب غير خارج
عن صوب الصواب فلا يرد عليه ما ذكره بعض الاجلة بقوله الجواب
المذكور لا يصلح عبارة الكتاب لان الحاصل منه ان وجه عدم
الضمان الولد فيما اذا غصب الجارية حاملا وهو عدم كون الحمل قبل
الانفصال مالا لا لان يد المالك ما كانت ثابتة عليه وقد وقع لـ
في الكتاب ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة ولا شك
ان هذه العبارة لا تتناول ما اذا غصب الجارية حاملا الخ ومنشأ
ايراده المذكور ظنه ان حاصل الاعتراض هو ان يقال المسئلة
التي ذكرها المص بقوله ولد المغصوبة الخ يتناول ما اذا كان العلوق
قبل الغصب وما اذا كان بعده بدليل ما ذكر في الاسرار مع التعليل
الذي ذكره بقوله ولنا لا يشمل احد ذينك الشقين وهو ما اذا
كان العلوق قبل الغصب وليس كذلك اما اولا فلان عبارة الكتاب

في تقرير الاعتراض المذكور بأدنى ذكر جدا كما لا يخفى على اصحاب الاذواق
السليمة حيث قال هذا يقتضي ان يضمن الولد اذا غصب الجارية
حاملا ولم يقل هذا لا يقتضي ان لا يضمن الولد فيما اذا غصب الجارية
حاملا او هذا لا يشملها اذا غصب الجارية حاملا واما ثانيا فلان
ذلك الاعتراض سهل الدفع حيث يراد من المسئلة احد الشقين
بدليل التعليل فلا يناسب ان يحمل عليه كلام الشارح قال المص
ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها اعترض عليه بعض الاجلة حيث
قال اقول هذا انما يتم فيما اذا غصب الجارية غير حامل فحبلت في يد
الغاصب واما فيما اذا غصبها حاملا فلا لان الولد في هذه الصورة
كان جزءا من الحامل اقول عامة تلك الصورة كافية في تتمة المرام
وتوفية حق المقام اذ قد عرفت قبل هذا ان المراد من قول
المص وولد المغصوبة الولد الحاصل بعد الغصب بقرينة الدليل
العقلي الذي ذكره بقوله ولنا ان الغصب اثبات اليد فانه لا يجري
الا فيه فيكفي جريان الدليل التسليمي ايضا فيه واما الصورة
الاخرى وهي غصب الجارية حاملا فلم يذكرها المص وانما تعرض
الشارح وعلل ضمان الولد فيها بوجه آخر مرجعه الى عدم تحقق
المالية تأمل قوله سلمنا ذلك لكنه لا ازالة اياك
ان تتوهم ان يكون هذا من تتمة الجواب الذي ذكره الشارح
بل الجواب المذكور تم في قوله فلم يصدق عليه اثبات اليد على مال
الغير وهذا الكلام رجوع من الشارح الى شرح قول المص ولو اعتبر
ثابتة على الولد لا يزيلها اذ الظاهر عدم المنع واشار بتصدير شرح
هذا القول بقوله سلمنا ذلك الى ان هذا الجواب من المص تسليمي
مبني على تسليم تحقق ثبوت يد المالك على الزيادات المذكورة
فما ذكره الجد الفاضل بقوله فيه بحث لان الازالة عن الكل ازالة
عن الجزء محل بحث لان الازالة عن الكل انما تكون ازالة عن الجزء

بل متعدد اتحد على المقام اشكال وهو
انه اذا كان الشجر في امثال هذه الصورة
ايضا متعددا كما في صورة جز الصوف وقطع
قوائم الشجر مما باطها الجبر بالنقصان
بثبات تنبيه اخرى في هذه الصورة ولم
بتحرر صور الصوف والقوائم فاراد
دفع هذا الاشكال ورام رفع هذه الشبهة
وابراز حقيقة الحال فقال والفرق
ان الثنية لا قيمة لها وحاصل هذا الفرق
ان الثنية ليس بعين مقصودة لذاتها
وليس مما يباع ويشترى ولا قيمة لها
الضمان في صورة سقوطها

فما اذا كان جزء احال الازالة وقد تبين مما ذكرنا في قول الشارح
ان المذكور في كلام المص بشهادة التعليل المذكور حصول المطلوق
بعد الغصب وكذا الحال في سائر صور الزيادة فلعل هذا الكلام
من الجد الفاضل رحمه الله تعالى مبنى على ظن ان يكون هذا الجواب من تتمة
صورة الغصب حاملا فتأمل قوله فان تفويت يد يحصل به قال
الجد الفاضل فان قيل ما كانت يده ثابتة حتى يفوت اقول
لقائل ان يقول نعم ان يد المالك ما كانت ثابتة على الولد عند التحقق
الا ان الكلام ههنا مبنى على فرض ثبوتها عليه الا ترى الى قول المص
ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها وقوله حقا او منع الى من تتمة
ذلك الجواب التسليمي فلا ورود لما ذكره اصلا وفيه ما فيه تأمل
قوله والجواب ان ما قلنا ان الغصب على التعليل المذكور يوجب الضمان
الى اعترض عليه الجد الفاضل حيث قال فيه تأمل اذ لا يستدل
بانتفاء الغصب على انتفاء الضمان كما في مسئلتنا وقد حذى بعض الاجلة
حذوه اقول انت خبير بان الكلام مع الشافعي رح وهو قال بالضمان
وعلل بوجود الغصب ولا يخفى انه يكفي في الجواب عنه تحقيق عدم تحقق
الغصب فيه على ان الحق هو انه يكتفي في الاستدلال على انتفاء امثال
هذا الحكم الذي له علل متعددة ببيان انتفاء العلة المحتمل
وقوعها في ذلك المحل ولا يحتاج الى بيان انتفاء جميع العلل ولا يذهب
على ذي مسكة ان الضمان المحتمل في زوائد المغصوب هو ضمان الغصب
اذا البحث عنها من حيث انها زوائد المغصوب من حيث تحقق شيء
فيها من سائر اسباب الضمان فبيان عدم تحقق الغصب فيها كاف
في المقام كما لا يخفى على اولى الافهام قال كما اذا غصب جارية سمينة
فهزلت قال الجد الفاضل فيه ان السبب ليس بمتحد والفرق ان
الثنية لا قيمة لها بخلاف القوائم والصوف اقول على ان
ان سبب الزيادة والنقصان في صورة سقوط الثنية ليس بمتحد

بعدم الاتحاد في السبب في المقيس عليه فكيف يثبت ههنا بالقياس على
تلك الصور بيت مع عدم الاتحاد في السبب فيها ايضا ثم اقول في الجواب
ان الفرق باتحاد السبب وعدم اتحاده انما يؤثر في قدح القياس في عدم
سقوط الضمان كما هو مدعى الخصم اذ لا يلزم من عدم سقوطه عند عدم
اتحاد السبب عدم سقوطه عند اتحاده الى اقول ما ذكر من الجواب
لا يصلح لان يصلح كلام المص في هذا الباب فانه وان افاد الفرق بين القياس
الا ان اصل الاشكال الى المص ايضا بقوله ولا اتحاد في السبب فيما وراء ذلك
من المسائل الى ان علة عدم سقوط الضمان في تلك المسائل عدم اتحاد السبب
فيتجه على كلامه النقض بالمسئلتين المذكورتين فتأمل الى اخره قوله
اجيب بان المص اشار الى جوابه بقوله لا يعد نقصانا انما اعترض عليه بعض
الاجلة حيث قال الجواب منظور فيه فان النقصان امر محقق لا مجال لانكاره
وقوله اذا وضع مسئلتنا فيما اذا انتقصت الجارية بالولادة الى اقول
ليس مراد المجيب ان النقصان لم يقع حقيقة بل مراده ان سبب الزيادة والنقصان
لما كان امرا واحدا وكان ان يحقق النقصان ان يحقق الزيادة لم يظهر
ذلك النقصان فلم يعط له حكم النقصان في الشرع وامثال ذلك اكثر من
ان يحصر ثم ان الجد الفاضل قد كان اجاب عن اصل الاعتراض بجواب
اخر غير ما ذكره الشارح حيث قال ويجوز ان يجاب بالمنع فانه يجوز بيع
المأذون من مولاه وعكسه كما سبق وبيع المضارب من رب المال
مع انه يشتري ماله بماله اقول فيه نظر من وجهين اما اولا فانه انما
جاز البيع في الصور المذكورة لحصول الفائدة وهي التوصل الى مال الغير ضحيحه
ان بيع العبد المأذون المديون شيئا مما في يده من مولاه بمثل قيمته جائز
الحمص مع ان ذلك الشيء مال المولى كما ان الثمن الذي يعطيه بدل
ذلك الشيء ملكه ففيه جعل ملكه جائز المالك الا ان جواز ذلك لما ان
المولى يستفيد بالثمن في هذه الصورة ملك اليد في المشترى فانه وان كان
مملوكا له قبل الشراء رقبة لكنه لم يكن مملوكا له يدا على ما افصح عنه المص

هناك حيث قال وان باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز لانه كالاجنبي عن كسبه
اذا كان عليه دين انتهى واراد بكونه كالاجنبي ما ذكرناه وكذا بيع المولى
من عبده الماذون المديون جائز لما فيه من الفائدة فانه يتوسل به الى
تملك الثمن مالك اليد على ما افصح عنه المص حيث قال وان باعه المولى
شيئا بمثل القيمة او اقل جاز الى قوله ولانه مفيد فانه يدخل في كسب
العبد ما لم يكن فيتمكن المولى من اخذ الثمن بعد ان لم يكن هذا التمكن
وصحة التصرف تتبع الفائدة وكذا الحال في صورة بيع رب المال من المضارب
على ما اشار اليه المص هناك بقوله لان هذا البيع وان قضى بجوازه عندنا
عند عدم الربح خلافا لزفر مع انه اشترى ماله بماله لما فيه من استفادة
ولاية التصرف وهو المقصود والانعقاد يتبع الفائدة انتهى ولا يذهب على
ذي مسكة انه لو عد النقصان المذكور نقصانا شرعا وجعل الزيادة الحاصلة
بالولد جابرة لذلك النقصان لم يكن في ذلك فائدة للمغصوب منه اصلا فان
الولد مالك له رقبة لكونه مولودا من ملكه وهو مستحق لان يتملكه يدا
ابدا بان يأخذه من الغاصب جبرا وجعله مالك شخص جابر النقصان وقع في
ملكه بلا نفع يعود اليه في ذلك الجبر غير مشروع فليتأمل واما ثانيا فلانه
يجوز ان يكون مراد الخصم من عدم جواز كون ملك المولى جابر النقصان
وقع في ملكه عدم جواز كونه جابرا له جبرا فلا يرد عليه البيع الواقع في
الصور المذكورة لانه مبني على المراضاة **قال** وفي فصل الشراء الواجب
ابتداء التسليم **اقول** لا يحتاج ابو حنيفة رحمه الله الى الجواب عن مسألة
الشراء بهذا الطريق فان كون الحكم في تلك المسألة عدم الرجوع بالثمن
مسلم عنده على ما سبق في باب خيار العيب حيث قال ومن اشترى عبدا قد
سرق ولم يعلم به فقطع عند المشتري فله ان يرده ويأخذ الثمن عند
ابي حنيفة رحمه الله وقالا يرجع بما بين قيمته سارقا الى غير سارق ثم الى قوله جود
في يد البائع سبب القطع والقتل وانه لا ينافي المالية فنفذ العقد فيه لكنه
متعيب فيرجع بنقصانه عند تعذر رده وصار كما اذا اشترى حاملا الخ حاملا

وله ان سبب الوجوب وجد في يد البائع الى قوله وما ذكر من المسألة ممنوعة
انتهى فقال الشراح فان ذلك قولهما واما على قول ابي حنيفة رحمه الله تع
فالمشتري يرجع على البائع بكل الثمن اذا ماتت من الولادة كما هو مذهبه
فيما اذا ابيض من العبد المشترك انتهى نعم لا ضير في ارخاء العنان وتوسيع
الميدان لالزام الخصم حيث ما كان **قوله** اذ الاوصاف لا تدخل في الشراء
ولهذا لا يقابلها شيء من الثمن قال الحبر الفاضل فيه بحث فانه يرجع عليه
بنقصان العيب **اقول** جوابه ظاهر فان عدم كون الاوصاف مقابلة بشيء
من الثمن امر محقق لا سبيل الى انكاره ولذلك اذا اشترى رجل شيئا
فرأى عيبه خير بين اخذه بجميع الثمن ورده على البائع وليس له ان يمسك
ويأخذ النقصان نص على ذلك المص ايضا في مفتتح خيار العيب وما ذكره
من الرجوع بنقصان مخصوص بما اذا تعيب العين المشتراة المعيبة عند المشتري
ايضا او صار بحال لا يمكن رده كما اذا مات مثلا فانه ح يكون للمشتري ان يرجع
على البائع بنقصان العيب ضرورة على ما فهم من كلام المص حيث قال واذا احدث
عند المشتري عيب واطلع على عيب كان عند البائع فله ان يرجع بالنقصان
ولا يرد المبيع لان في الرد اضرارا بالبائع لانه خرج عن ملكه سالما ويعود معيبا
ولا بد من دفع الضرر عنه فتعين الرجوع بالنقصان الخ **قوله** في مثول العدم
متعلق بقوله لا ضرر **قال** له المنافع اموال متقومة **اقول** قال الفاضل
التفتازاني في التلويح والتحقيق ان المنفعة ملك لا مال لان الملك ما من شأنه
ان يتصرف فيه بوصف الاختصاص والمال ما من شأنه ان يدخر للانتفاع به وقت
الحاجة والتقوم يستلزم المالية عند ابي حنيفة رحمه الله والملكية عند الشافعي
فعنده منافع الغصب تضمن الخ فان المفهوم منه ان لا يدعي الشافعي ان المنافع
اموال بل يكتفي باثبات الملكية ومبنى التقوم عليها **قوله** لكونها غير الادمي
اقول كل من العبد والامة مال متقوم مع انه ادمي فليتأمل **قال** لان
العقد لا يجعل غير المتقوم متقوما الا ورد على الميتة الخ ولان العقد لا يحتاج
الى الا ترى عقد الخلع يجوز ويصح مقابلة منافع البضع فيه بالمال مع ان منافع

البضع حال الخروج غير متقومة على ما صرح به فلم ان العقد لاحتياج الى
تقومها فتقومها في العقد ليس لضرورة العقد **قال** ولنا انها جعلت
على ملك الغاصب لحدوثها في امكانه اذ هي لم تكن حادثة في يد المالك يحقق
هذا الوجه وتوضيحه هو ان ما يحصل من ملك الحر كولد امته ولبن شاته
انما جعله ملكا لمالك الحر عند تصور انتفاعه به حالا او مآلا لما تقرر في الاصول
ان النظر الى الدليل وهو قوله تعالى خلق لكم ما في الارض جميعا يقتضي ان يكون
لكل فرد الانتفاع بكل شيء وانما وضع الاملاك والاختصاصات الشرعية لئلا ينسد
باب الانتفاع بما في الاطلاق من التجاذب والتجارب ولما كانت المنفعة الحاصلة
على يد الغاصب من العين المغصوبة مما لا يمكن ان ينتفع به المالك لحصولها
في يد الغاصب وعدم ادخارها حتى يمكن ان يأخذها المالك جعل ملكا للغاصب
كما يجعل اموالنا ملكا للكفار عند اخذها واحرازها بدارهم تأمل ثم اعترض عليه
بعض الاجلة حيث قال لقائله ان يقول مقتضى هذا الدليل انه لا يجب الاجرة
على المستأجر فيما اذا حدثت المنافع في يده كما في استيجار الدور والاراضي والدواب
ونحوها لان الانسان كما لا يضمن مالكا لا يجب عليه الاجرة بمقابلة ملك الحر
وقد سبقه في هذا الاستشكال بعض الشارحين **اقول** لا ورود لما ذكره
اصلا اذ المراد حصول منافع المغصوب على ملك الغاصب لحدوثها في امكان
الغاصب اي في تصرفه وتدبيره من جميع الوجوه وذلك بكون المغصوب
في يده وزوال يد المالك عنه حقيقة وحكما والامر في العين المستأجرة
والمنافع الحاصلة منها ليست حاصلة في امكان المستأجر من جميع الوجوه بل
في امكان الموجر ولا يخفى ان المستأجر في تحصيله تلك المنافع وصرفها الى حاجته
بمنزلة الوكيل من قبل الموجر فتبصر **قال** لانها اعراض لا تبقى **اقول** ان
على عدم بقاء الاعراض منعا ظاهرا كما لا يخفى لان انعدام الالوان في كل آن بمنزلة
الاعيان وحدوث امثالها وقد تحقق انه اللهم الا ان يخص الحكم بالاعراض
المتصرفة مع يحمل قوله يبقى على انه قيد للاعراض احترازي فتأمل **قوله**
ولئن سلمنا تحقق غصبها واتلافها الخ لا يخفى انه تسليم تحقق غصبها ليس بطريق

تسليم ان لها بقاء والا تحيل الدليل الذي قد تقرر فيما سبق ان المعتبر هو المماثلة
في نفس البقاء حيث قال ان المماثلة المعتبرة هي ما تكون بين باق وباق
لا بين باق وما يبقى وعلى تقدير تسليم الاعراض يكون بينها وبين الدراهم والدنانير
المماثلة في كون كل منها باقيا الا بطريق **فصل** في غصب ما لا يتقوم **قوله**
لما فرغ من بيان ما هو الاصل وهو الغصب ما لا يتقوم لتحقق الغصب فيه حقيقة
بين غصب ما لا يتقوم باعتبار عرضية ان يصير متقوما اما باعتبار ديانة المغصوب منه
تقومه او بتغيره في نفسه الى التقوم اعترض عليه بعض الاجلة حيث قال لا حاجة
ههنا الى المصير الى اعتبار عرضية ان يصير ما لا يتقوم متقوما باحد الاعتبارين
المذكورين بل لا وجه له عند النظر الدقيق لان المبين في هذا الفصل ضمان ما لا يتقوم
في بعض المسائل وعدم ضمانه في بعضها في ما لا ضمان فيه كما في الافة وخمر المسلم
وخنزيره لا وجه لاعتبار عرضية ان يصير متقوما باعتبار اصلا الخ **اقول**
هذا ذهول عن المراد فان من اعتبر فيه جهة التقوم بالاعتبارين المذكورين
لم يتغير ها لوجه الحكم او لتوجيه ايراده في هذا الكتاب المعقود لبيان الغصب الشرعي
المعروف باخذ مال متقوم محترم وذكره في فصل مستقل بل يريد ان يكون بناؤه فيه على
سبيل الاستطراد **قوله** وكان ذلك بعقد الائمة وهو منتف في حق المجتهدين
قال الفاضل فيه بحث فان القاضي ينفذ ما حكم به القاضي الاخر على خلاف مذهب
اجاب عنه بعض الاجلة حيث قال هذا ساقط اما اولا فلان القاضي انما ينفذ
ما حكم به قاض آخر اذا لم يكن ما حكم به قاض آخر مما يخالف الكتاب او السنة او الاجماع
واما اذا كان ما حكم به مما يخالف شيئا من هاتيك الثلاثة فلا يصح ان ينفذه القاضي
اصلا كما صرحوا بذلك كله في كتاب القضاء الخ **اقول** هذا سهو ظاهر بل اضحوكة
يتلهى بها في المجالس والمحاضر وذلك ان مراد الجد الفاضل رحمه الله الاعتراض
على ما فهم من كلام الشارح من عدم بقاء ولاية المحاجة بين اهل المذاهب بان القاضي
اذا دفع اليه حكم حاكم آخر على خلاف مذهبه يجب عليه تنفيذه ولا يجوز له ان ينقضه
ويقضي فيه على ما يوافق مذهبه وهذا اثر زوال ولاية المحاجة بين اهل المذاهب
ايضا ولا يذهب عليك انه ورود هذا الاعتراض لا يتوقف على وجوب التنفيذ في مسئلة

البضع حال الخروج غير متقومة على ما صرحوا به فعلم ان العقد لا يحتاج الى
تقومها فتقومها في العقد ليس لضرورة العقد **قال** ولنا انها جعلت
على ملك الغاصب لحدوثها في امكانه اذ هي لم تكن حادثة في يد المالك تحقق
هذا الوجه وتوضيحه هو ان ما يحصل من ملك الحر كولد امته ولبن شاته
انما جعله ملكا لذلك الحر عند تصور انتفاعه به حالا او مالا لما تقرر في الاصول
ان النظر الى الدليل وهو قوله تعالى خلق لكم ما في الارض جميعا يقتضي ان يكون
لكل فرد الانتفاع بكل شيء وانما وضع الاملاك والاختصاصات الشرعية لئلا ينسد
باب الانتفاع باقي الاطلاق من التجاذب والتحارب ولما كانت المنفعة الحاصلة
على يد الغاصب من العين المغصوبة مما لا يمكن ان ينتفع به المالك لحصولها
في يد الغاصب وعدم ادخارها حتى يمكن ان يأخذها المالك جعل ملكا للغاصب
كما يجعل اموالنا ملكا للكفار عند اخذها واحرازها بدارهم تأمل ثم اعترض عليه
بعض الاجلة حيث قال لقائل ان يقول مقتضى هذا الدليل انه لا يجب الاجرة
على المستأجر فيما اذا حدثت المنافع في يده كما في استيجار الدور والاراضي والدواب
ونحوها لان الانسان كما لا يغصب ملكا لا يجب عليه الاجرة فما باله ملك الحر
وقد سبقه في هذا الاستشكال بعض الشارحين **اقول** لا ورود لما ذكره
اصلا فان حصول منافع المغصوب على ملك الغاصب لحدوثها في امكان
الغاصب اي في تصرفه وتدبيره من جميع الوجوه وذلك بكون المغصوب
في يده وزوال يد المالك عنه حقيقة وحكمية واما في العين المستأجرة
والمنافع الحاصلة منها ليست حاصلة في امكان المستأجر من جميع الوجوه بل
في امكان الموجر ولا يخفى ان المستأجر في تحصيله تلك المنافع وصرفها الى حاجته
بمنزلة الوكيل من قبل الموجر فتبصر **قال** لانها اعراض لا تبقى **اقول** ان
على عدم بقاء الاعراض مطلقا ظاهرا كما لا يخفى لان انعدام الالوان في كل ان بمنزلة
الاعيان وحدوث امثالها وقد تحقق انه اللهم الا ان يخص الحكم بالاعراض
المتصرفة ثم يحمل قوله تبقى على انه قيد للاعراض احترازي فتأمل **قوله**
ولئن سلمنا تحقق غصبها واتلافها الخ لا يخفى ان تسليم تحقق غصبها ليس بطريق

تسليم ان لها بقاء والا تخلل الدليل اذ قد تقرر فيما سيجيء ان المعتبر هو المماثلة
في نفس البقاء حيث قال ان المماثلة المعتبرة هي ما تكون بين باق وباق
لا بين باق وما يبقى وعلى تقدير تسليم الاعراض يكون بينها وبين الدراهم والدنانير
المماثلة في كون كل منها باقيا بل بطريق **فصل** في غصب ما لا يتقوم **قوله**
لما فرغ من بيان ما هو الاصل وهو الغصب ما لا يتقوم لتحقق الغصب فيه حقيقة
بين غصب ما لا يتقوم باعتبار عرضية ان يصير متقوما اما باعتبار وما نة المغصوب منه
تقومه او تغيره في نفسه الى التقوم اعترض عليه بعض الاجلة حيث قال لا حاجة
ههنا الى المصير الى باعتبار عرضية ان يصير ما لا يتقوم متقوما باحد الاعتبارين
المذكورين بل لا وجه له عند النظر الدقيق لان المبين في هذا الفصل ضمان ما لا يتقوم
في بعض المسائل وعدم ضمانه في بعضها فيتم الاضمان فيه كما في الخمر المسلم
وخنزيره بلا وجه لاعتبار عرضية ان يصير متقوما باعتبار اصلا الخ **اقول**
هذا ذهول عن المراد فان من اعتبر فيه جهة التقوم بالاعتبارين المذكورين
لم يقصد بها توجيه الحكم او توجيه ايراده في هذا الكتاب المعقود لبيان الغصب الشرعي
المعروف باخذ مال متقوم محترم ذكره في فصل مستقل بل يعني ان يكون بناؤه فيه على
سبيل الاستطراد **قوله** وكان ذلك بتقليد الائمة وهو منتف في حق المجتهدين
قال الفاضل فيه بحث فان القاضي ينفذ ما حكم به القاضي الآخر على خلاف مذهب
اجاب عنه بعض الاجلة حيث قال هذا ساقط اما اولا فلان القاضي انما ينفذ
ما حكم به قاض آخر اذا لم يكن ما حكم به قاض آخر مخالفا للكتاب او السنة او الاجماع
واما اذا كان ما حكم به مما يخالف شيئا من هاتيك الثلثة فلا يصح ان ينفذه القاضي
اصلا كما صرحوا بذلك كله في كتاب القضاء الخ **اقول** هذا سهو ظاهر بل اضحوكة
يتلهى بها في المجالس والمحاضر وذلك ان مراد الجد الفاضل رحمه الله الاعتراض
على ما فهم من كلام الشارح من عدم بقاء ولاية المحاجة بين اهل المذاهب بان القاضي
اذا دفع اليه حكم حاكم آخر على خلاف مذهبه يجب عليه تنفيذه ولا يجوز له ان ينقضه
ويقضي فيه على ما يوافق مذهبه وهذه آية زوال ولاية المحاجة بين اهل المذاهب
ايضا ولا يذهب عليك ان ورود هذا الاعتراض لا يتوقف على وجوب التنفيذ في مسئلة

مترواث القسمة بعينها بل يتحقق بوجوب التقييد في بعض الصور كما انه لم يكن
مخالفا للكتاب والسنة والاجماع على ان ما ذكره من عدم جواز الحكم بجعل ميراث
القسمة مذهب ابي يوسف رحمه الله ومذهب ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله في
ذلك هو الجواز ذكره ابن الهمام في شرح ذلك المقام **كتاب الشفعة**

قوله لكن توفر الحاجة الى معرفته الاحتراز الخ قال الجد الفاضل الكرماذكر
في بيان وجه تاخير الغصب عن المأذون يغني بيان سبب تقديم الغصب على الشفعة
اقول فيه بحث فان ذلك فيما اذا لم يظهر وجه يعارض ما ذكر ثمة وههنا
ظهر ذلك الوجه وهو الذي اشار اليه الشارح بقوله والحق تقديمها عليه
لكونها مشروعة دونه فلا بد من بيان وجه ترجيح تقديم الغصب بعد ما وقع
التعارض بين ما ذكر في مفتتح كتاب الغصب وبين ما ذكر ههنا من مشروعية الشفعة
فتدبر على انه لا تاخير في تكثير الفوائد وتوفير العوائد ثم **اقول** كان الاولى
في العبارة ان يقول في بيان وجه تعقيب المأذون بالغصب بدل قوله في بيان
وجه تاخير الغصب عن المأذون كما لا يخفى على المتامل قال الجد الفاضل ويمكن ان
يقال في وجه التقديم ان الغصب يعم العقار والمنقول بخلاف الشفعة والاعم
يستحق التقديم اعترض عليه بعض الاجلة حيث قال ليس هذا بسديد اذ الغصب
لا يعم العقار عند ابي حنيفة وابي يوسف بل الغصب عندهما انما يتصور في المنقول
كما مر في اوائل كتاب الغصب وانما يتاتى عموم الغصب للعقار والمنقول على اصل محمد
والشافعي كما مر ايضا ولا وجه للتقديم على خلاف ما ذهب اليه امامنا الاعظم
وامامنا الثاني اذ لو كفى مجرد كون العموم محل اجتهاد لم يتم قوله بخلاف الشفعة
فان الشفعة ايضا تعم العقار والمنقول عند مالك انتهى **اقول** فيه بحث
اما اولا فلما مر في كتاب الغصب من ان الغصب الشرعي على قسمين قسم يكون موجبه
الاثم ورد العين او الضمان وقسم يكون موجبه الاثم ورد العين فقط وان القسم
الثاني يتحقق في القسم الاول ولا يخفى ان تحقق ذلك الاثم كاف من تمام المرام
في هذا المقام واما ثانيا فلان ما ذكر بقوله اذ لو كفى مجرد كون العموم الى قوله
بيع العقار والمنقول عند مالك مما لا يليق اذ يصدر عن مثله فانه عد من كبار

ائمتنا الحنفية رحمهم الله وبناء وجه التقديم على مذهبه ليس بمستبعد بخلاف
مالك فانه امام مذهب آخر كما لا يخفى **قوله** وسببه اتصال ملك الشفيع
بملك المشتري **اقول** يرد على كلامه ان يقال لا نم توقف تحقق حق
الشفعة للشفيع على كون الدار المشفوعة بها ملكا له اذ قد يثبت بمجرد
كونه اخص بالتصرف فيه على ما افصح عنه هذا الشارح نفسه حيث
قال في باب ما يجب فيه الشفعة اشارة الى ان الشفعة تستحق على
المالك بملك غير محظور او على من خيار احق بالمبيع تصرفا الخ ويؤيده
انه ذكر المص في الباب المذكور انه اذا اشترى رجل دارا بالخيار ثم بيعت
في يده الخيار دار بجنبها ياخذها المشتري بالشفعة بالاجماع وقد تقرر
ان المبيع بشرط الخيار للمشتري لا يدخل في ملك المشتري عند ابي حنيفة رحمه الله
على ما يصرح به المص في باب خيار الشرط وكذلك ذكر في اخر كتاب الشفعة ان من
باع دارا وله عبد مأذون عليه دين فله الشفعة ولا يخفى ان رقبة ما في
يد العبد المأذون وان كان مديونا ليست ملكا له وانما فيه الاخصية بالتصرف
نعم يجاب عن التعرض بالصورة الاولى بما ذكره المص ايضا في الباب المذكور حيث قال
ومن اشترى دارا على انه بالخيار فبيعت دار الى جنبها فاخذها بالشفعة فهو
رضا لان طلب الشفعة يدل على اختيار الملك فيها لانه ما ثبت الا لدفع
ضرر الجوار وذلك بالاستدامة فتضمن ذلك سقوط الخيار سابقا فيثبت
الملك من وقت الشراء فتبين ان الجوار كان ثابتا الا ان الجواب عن الصورة
الثانية يحتاج الى تامل **قال** وفي الشرعية عبارة عن تملك المرء ما اتصل
بعقاره من العقار على المشتري بشركة او جوار قال الجد الفاضل لم يذكر
قيدا جبرا اكتفاء عنه بكلمة على فانها تدل على الاستعلاء المنبئ عن الجبر
اقول يتجه على ظاهره ان يقال لم لا يجوز ان يكون سكوته عن قيد الجبر
بناء على ان تملك الشفيع للدار المشفوعة ليس بمقصور على صورة الجبر بل
قد يملكه بالرضا ايضا كما هو الظاهر وقد نص عليه المص حيث قال وتملك بالاخذ
اذا سلمها المشتري او حكم حاكم لان الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل الى الشفيع

الا بالتراضي او قضاء القاضي انتهى وجوابه ان المراد بالجبر عدم اعتبار الاختيار
لا اعتبار عدمه ويمكن ان يقال ان المراد من التملك حقه لا حقيقة التملك لما اجاب
الجد الفاضل وفصله بعض الاجلة من المضار على تقدير الشفعة بنفس التملك
فعلى تقدير ارادة حق التملك لكون الامر ظاهرا جدا حتى يكون المعنى ان الشفعة
عبارة عن قدرة الشفيع على تملك الدار المشفوعة جبرا والاخذ بالتراضي لا ينافي
القدرة على الاخذ جبرا ولو لم يرض به المشتري قال المص رحمه الله اما الثبوت
فلقوله عليه السلام الشفعة لشريك لم يقاسم قال الجد الفاضل قوله لم يقاسم
لدفع احتمال المجاز اذ لا شركة بعد القسمة انتهى يعني انه من قبيل بيان التقرير كما
قيل ذلك في قوله تع اسرى بعبده ليلا وفي قوله تع ولا طائر يطير بجناحيه وحمل
على ذلك على قول من قال الحمد هو الثناء باللسان الاولى اقول لا حاجة الى ذلك
لجواز ان يكون القيد المذكور للاحتراز عن الشريك في حق الدار كالشرب والطريق
المقسوم بينهما نفس الدار فانه شريك باعتبار الشرب او الطريق ومقاسم باعتبار
نفس الدار الا ترى ان صاحب العناية قال فيما سيجيء والشريك في حق المبيع
والجار في حق كل منهما مقسوم فقال الجد الفاضل هناك فان قيل كيف يكون
حق الشريك في حق المبيع مقسوما قلنا مراده حق كل منهما من الملك ويؤيده
ما ذكرنا ان المص استدل على ثبوت حق الشفعة لكل من الشريك الغير المقاسم
والشريك في حق المبيع والجار بدليل مستقل فلو كان المراد من الشريك الغير
المقاسم ما يعم الشريك في حق المبيع لكان الحديث الاول كافيا في ثبوت حق
الشفعة لهما ولما كان يحتاج الى بيان ان المراد من الجار في الحديث الثاني الشريك
في حق الدار فتامل قوله واما اذا باع بعدها فلم يبق للشريك الاخر الى قوله
فلا شفعة قلت انما تصدى لبيان عدم الشفعة بعد القسم مع ان الكلام
الذي سيق له الكلام في هذا المقام ثبوت الشفعة للخليط لا غير بناء على انه
قصد توجيه الحصر المستفاد من تحلية المسند اليه بلام الجنس في
الحديث كما في قوله عم الائمة من قريش فليس في كلامه الجر الى الاعتبار
بمفهوم الصفة ولا القول لكون الكلام في قوله عليه السلام الشريك لم يقا

للاختصاص

للاختصاص كما قاله الجد الفاضل ثم ان بعض الاجلة اعترض على كلام الجد
الفاضل في هذا المقام حيث قال كل من الاعتراض وتوجيهه ساقط اما
الاول فلان قول صاحب العناية واما اذا باع بعدها الى ليس بمفهوم الصفة
بل هو من كلام نفسه ذكره بطريق الاستطراد بيانا للواقع واما الثاني
فلانه لو كانت اللام الاختصاصية مدار التخصيص بمعنى القصر لزم ان يدل
الحديث المذكور على ثبوت حق الشفعة للجار الملاصق ايضا لكونه غير شريك
لم يقاسم فيلزم ان يكون حجة علينا اقول في كلاميه بحث اما الاول
فلان الواقع في مذهبنا ثبوت حق الشفعة للجار فكما لا يستقيم جعله داخلا
في تفسير معنى الحديث ظاهرا كذلك لا يستقيم جعله بيانا للواقع فالوجه
ان يحمله على ان يكون داخلا في بيان معنى الحديث كما هو المتبادر من مساق
الكلام ويدفع ما يرد على ظاهره من انه يجر الى القول بمفهوم المخالفة اما بما ذكره
الجد الفاضل من ان الحصر المستفاد من لام الاختصاص او بما ذكرنا من ان
يستفاد من تحلية المسند اليه بلام الجنس واما الثاني فلان لزوم
ان يكون الحديث الكريم حجة علينا مدفوع بحمل المراد من الشفعة المخصوصة
على الشفعة للخليط كما اشار اليه الجد الفاضل بقوله الا ان يقال المراد
لا شفعة للخليط فتامل قوله قيل في معناه احق به عرضا عليه للبيع الا ترى
انه فسر الحق بالانتظار اذا كان غائبا الى ان قال مآل هذا الكلام الاستدلال
على ان المراد ههنا من كون الجار احق به كونه احق في حق العرض عليه للبيع
والاعلام له بانه الجار يبيعه فهل لك حاجة فيه دلعية اليه وان ليس المراد
منه ثبوت امر معنوي هو عبارة عن القدرة على التملك والاخذ عن المشتري جبرا
فانه لو فسر الحق بالانتظار له وان الانتظار في غيبته يلائم المراد بثبوت حق العرض
عليه والاخبار له لا المعنى الثاني اعترض عليه الجد الفاضل بقوله مقتضى كلمة
ان الوصلية انه اذا لم يكن غائبا ينتظر اليه بطريق الاولى ففي كلامه بحث
ولما غفل بعض الاجلة عما هو مراد الجد الفاضل قال ما قال وماذا بعد الحق الا الضلال
ويحتمل ان يكون مراد الجد الفاضل من البحث المذكور المناقشة في عبارة الشارح

حيث فسر الحق بالانتظار اذا كان غائبا ولم يشر الى ما في عبارة الحديث من
الاشارة الى معنى الانتظار وتوبيخ الحق ما اسلفناه قوله وفيه دلالة ظاهرة على
عدم الشفعة في المقسوم والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم فلا
شفعة فيه قال الجد الفاضل فان قيل كيف يكون حق الشريك في حق المبيع مقسوما
قلنا مراده حق كل منهما من الملاك واعترض عليه بعض الاجلة حيث قال في تحمل
تفريع قوله فلا شفعة فيه على قوله والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما
مقسوم اذ لا يلزم من كونه حق كل منهما من الملاك فقط مقسوما ان لا تثبت فيه
شفعة على مقتضى دلالة قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة
فانه دلالته على عدم الشفعة في المقسوم من الوجهين معا الخ اقول
مبنى ما ذكره كاله على ان يكون قوله ع م وصرفت الطرق قيدا مستقلا معتبر
المفهوم وذلك ممنوع الا ترى ما ذكره الجد الفاضل نفسه فيما سيجيء اخذا من بعض
شروح الهداية حيث قال لا اعتبار بمفهوم الشرط عندنا وعند الشافعي لاعتباره
شرائط واجتماعها ممنوع هاهنا فالعادة ذكر صرف الطريق لكونه مقصودا غالبا عند القسمة
فهو خارج مخرج العادة انتهى وقد تلقى المعترض المذكور هذا الوجه بالقبول حيث ذكره
فيما سيجيء من عند نفسه وقال الدهلوي ايضا فاذا وقعت الحدود وصرفت
الطرق فلا شفعة اي اذا وقعت القسمة فلا شفعة فقوله وقعت الحدود
وصرفت الطرق كناية عن وقوع القسمة لانه خرج في مقابلة قوله فيما لم يقسم
انتهى ان قيل ما ذكرته هو تحقيق المقام وتخليصه عن شوائب الاوهام الا انه
لا يصلح جوابا عما اورده المعترض المذكور فان كلامه في اختلال كلام صاحب العناية
على ما هو درايته ومذهبه ولا شك ان صاحب العناية غافل عما ذكرته من
التحقيق كما ينبئ عنه مقاله فيما سيجيء قوله قال انه قوله ع م فاذا وقعت
الحدود وصرفت الطرق مشترك الالزام لانه ع م علق عدم الشفعة بامرين
وذلك يقتضي انه اذا وقعت الحدود ولم تصرف الطرق تجب الشفعة الخ
بطريق الرضا والقبول قلنا لو لم يكن له غفلة عما ذكرنا لما استعمل كلامه على ما
ذكره بقوله والاولى في تقرير المقام ان يقال وانه قال ع م اذا وقعت الحدود الخ قوله

ولكن

ولكن يمكن ان يقال وجه تخصيص ذلك بالذكر عدم مساعدة دليل لعدم
ثبوت الشفعة الا في حق الجار انتهى فلان الصواب لمن له وقوف على ما ذكرنا
من الوجه المستطاب ان يقول في توجيه كلام المص في هذا المقام ودفع
طعن صاحب النهاية عنه لانه لا تخصيص من المص بل الجواب المذكور في كلام
يتم الجواز مع الاشتراك في الحقوق وعدمه فان المشترك في الحقوق يسمى جارا
الا ترى الى ما ذكره صاحب العناية فيما سبق حيث قال والمراد بالجار الشريك
في حق الدار هذا والحمد لله ملهم الصواب محقق الحق ومسهل الصعاب
قال ولنا ما روينا يعني من الاحاديث الدالة على وجوب الشفعة للشريك
في حق المبيع والجار ولا يخفى ان هذا الدليل يغني عن ان يجاب عن دليله العقلي
المذكور بقوله ولان الشفعة معدول به عن سنن القياس لانه مبناه
على ان يكون محل النزاع مما ورد به النص بل يكون طريق اثبات الحكم فيه مقصورا
على الالحاق بطريق الدلالة قال ولان ملكه متصل بملك الدخيل الى
قوله وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة الخ لا يذهب عليك ان للشافعي
ان يقول سلمنا انه علة ثبوت الحكم في مورد الشرع وهو ما لم يقسم دفع ضرر
الجوار لا دفع ضرر القسمة وان كانت العلة ثابتة في ما اراد الحاقه به من
صور محل النزاع الا ان ذلك انما يجري للالحاق قياسا ولا مجال له هاهنا
لثبوت الحكم في الاصل على خلاف القياس وفي الالحاق بطريق الدلالة لا بد
من ان يكون مساواة للفرع للاصل في الظهور والجلا بحيث لا يخفى على احد
العارفين باللغة ولا ريب في ان وجود ضرر القسمة في الاصل وعدمها
في الفرع يخل بهذا الظهور وان لم يملك الامر في الاصل ذلك فتامل
قوله احتراز عن المنقول والسكنى بالعارية اعترض عليه الجد الفاضل
بانه ليس للمستعير ملك حتى يحترز عنه وجوابه ظاهر وهو انه له ملك
المنفعة وانه لم يكن له ملك الرقبة ولعل عدوله عن الدار المسكونة الى
السكنى للاشارة الى هذا فان السكنى منفعة الدار المسكونة فليتامل قوله

وهو احتراز عن الاجارة والموهوبة اعترض عليه بعض الاجلة حاذيا حذو
الجد الفاضل حيث قال فيه بحث لان المستاجر وان كان له ملك في الدار
المستاجرة من حيث المنفعة الا ان كلا منهما قد خرجا بقوله اتصال تابيد
فيما قبل فما معنى الاحتراز عن الاجارة مرة اخرى واما الموهوب فلا ملك له في
الدار الموهوبة لا من حيث الرقبة ولا من حيث المنفعة فقد خرج بالملك
المذكور من قبل قطعا اقول كلا كلاميه مدفوع اما الثاني فلان المرتهن
في الرهن ملك اليد وان لم يكن له فيه ملك الرقبة والمنفعة كما افصح عنه
المص في اوايله كتاب الرهن حيث قال لان الثابت للمرتهن يد الاستيفاء
وهو ملك اليد والحبس الخ وهذا امر مشهور لا يكاد يخفى على من له ادنى مما
رسة بالفروع واما الاول فلان المجيب ان يجيب فيقول الحاصل بقوله اتصال
تابيد انما هو للاحتراز عن ان يكون حصة الشفيع بيده بطريق العارية او
الاجارة واما ان الدخيل كيف حصل له الملك في حصته وكيف وصل اليه من
البايع فلم يتعرض له حاصل بقوله اذا وقع المعاوضة وانما مرادهم من حصول
الاحتراز عن الاجارة بقوله اذا وقع المعاوضة بالمال حصول الاحتراز
عن الاجارة في حصة الدخيل فليس فيه تحصيل الحاصل واخراج الخارج
توضيح ذلك ان قوله لان ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تابيد اشارة
الى سبب الشفعة كما يفصح عنه بقوله لان الاتصال ملك الشفيع بملك
البايع وانما معنى قوله لان ملكه متصل بملك الدخيل ان ملكه متصل
بالملك الذي صار بعد ذلك للدخيل ففي الكلام مجاز بالاول يرشدك
اليه ما ذكره الشارح فيما سيجيء قال لان سببها الاتصال الخ قوله والضرر
انما يتحقق باتصال ملك البايع بملك الشفيع انتهى وقوله بعد ذلك فيثبت له
حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اشارة الى شرط الشفعة فقوله
وبيان السبب لان ملكه متصل بملك الدخيل اي بملك البايع الذي صار
بعد ذلك للدخيل اتصال تابيد وقوله انما افاد كون ملك كل واحد من الشفيع

والبايع

والبايع متصلا بالآخر بذلك الاتصال وانما الشرط الذي اشير اليه بقوله
عند وجود المعاوضة هل اريد به تملك الدخيل بشقص البايع بطريق المعاوضة
المالية ام لا فلا تعرض له فيه اصلا قوله وحاصله ان الاصل واقع والدخيل
دافع والدفع اسهل من الرفع اقول فيه بحث فان الاصل رافع كالدخيل
فان الدخيل ملك شقص البايع بالعقد الشرعي كما هو المفروض فغاية الامر
انه يكون للشفيع ان يملكه بثمنه جبرا ويرفع ملك الدخيل عنه ثم ان تملكه
في حدوثه وعدم استقراره لكونه في معرض النقض والفسخ بمنزلة ملك
الشفيع هذا واما ما ذكره الجد الفاضل بقوله فيه ان الاصل رافع بملك
المشتري وهو دافع انتهى ففيه ان الكلام في تعيين من هو الدافع والرافع
من الشفيع والدخيل بملك الآخر اذ الكلام مقام بيان وجه دفع ضرر الجوار
بتملك ملك الدخيل للشفيع شرعا دون العكس بعد وجوب دفع ذلك الضرر
اجماعا بتمليك مالكه احدهما للآخر قال ولان الاتصال بالشركة في المبيع
اقوى لانه في كل جزء اقول فيه بحث فان من الشركاء في نفس المبيع من
ليس اتصال ملكه بكل جزء من اجزاء المبيع على ما افصح عنه المعترض حيث
قال والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار
الخ قوله وكذا على الجار في بقية الدار في اصح الروايتين انتهى فليتأمل فانه
يرشدك الى جواب قول المص والبقعة واحدة قال وليس للشريك في الطريق
والشرب والجار شفعة انما اعاد ذكر هذه المسألة مع كونها مفهومة من الترتيب
توطئة وتمهيدا لذكر الخلاف الواقع في مسألة التسليم كما لا يخفى على الذهن
السليم قال وبابه في سكة اخرى قال في البدر فان بابه اذا كان
في تلك السكة كان خليطا في حق المبيع فلا يكون جارا ملاصقا انتهى يعني
ان قوله وبابه في سكة اخرى ليس لنفي الجوار اذا كان بابهما في سكة بل لانه
اذا كان البابان في سكة كان استحقاقه بالشركة في حق المبيع وهو الطريق
وهذا على نهج ما ذكره صاحب العناية في شرح قول المص في اوايله باب ما يجب
فيه الشفعة وهذا بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة ويستحق الشفعة

اذا لم يكن بطريق العلو فيه قال قوله اذا لم يكن طريق العلو فيه لانا استحقاق
الشفعة بالعلو بسبب الجوار لسبب الشركة وليس ثبوت الشركة اذا كان
له طريق في السفل بل اذا كان ذلك كان استحقاقها بالشركة في الطريق لا بالجوار
انتهى اقول فيه بحث فان الخالطة في الطريق انما يعتبر شريكا اذا كان الطريق
خاصا كما تقرر واما اذا كان عاما فلا يكون خليطا في حق المبيع فلا يجب انه يكون
باب بيت الجار الملاصق الذي تثبت له الشفعة بعد تسليم الشريك في الطريق
والشريك في الطريق لا يتصور الا اذا كان باب الدار المشفوعة في سكة
غير نافذة فلا بد ان يقيد الجار في هذه الصورة بكون باب داره في سكة اخرى
حتى يتميز عن الشريك في الطريق ويمكن ان يجعل قول المص والمراد بهذا الجار
الملاصق للاشارة الى هذا فليتامل قوله مثل ان يكون في دار كبيرة بيوت
اعترض عليه الجد الفاضل حيث قال فرق بين البيت والمنزل على ما عرف في
باب الحقوق من كتاب البيع ويجوز انه يقال المراد البيت مع توابعه وحقوقه
بعض الاجلة حذوه اقول لما كانت المسئلة مما لا فرق فيها بين المنزل
المصطلح والبيت وكان في حمل المنزل على المعنى المصطلح ايهام ان ذلك الحكم
غير ثابت فيما اذا كان اشتراك الشفيع في بيت واحد من الدار حمله على المعنى
اللغوي واصاب قوله لان المنزل من حقوق الدار كانه جعل قال المص لان
اتصاله اقوى دليلا مستقلا على المراد وقوله والبقعة واحدة دليلا اخر
ولكن المعنى الظاهر الذي يتبادر من سياق كلام المص هو ان المجموع دليل واحد
والمعنى ان اتصاله في ذلك المنزل اقوى لانه شريك في نفس ذلك المنزل
على ما هو المفروض فكان اتصاله بجميع الدار اقوى لان المجموع بقعة واحدة فمن
كان اتصاله اقوى ببعض منها كان اتصاله اقوى بسائر الاجزاء ايضا قال
يوخذ منه فهو اصغر منه اقول لعل هذا القيد اتفاقي او مبني على العادة فان
الحكم المذكور انما يتوقف على كون المنفرز خاصا سواء كان الثاني اصغر من الاول
او لا وعن هذا لم يقع هذا القيد في الخانية وامثالها قال ولو كان
مرجوحا لما استحق لان المرجوح يندفع في مقابلة الراجح يعني ان الخالطة هي

ان الضعيف المرجوح بلا شيء في مقابلة القوي الراجح لا انه يكون له سهم
اقل من سهم القوي وذلك كالاخ والاخ لاب مع الاخ لاب وام حيث يحرم
من الميراث بالكلية لا انه ياخذ اقل السهمين فلا وقع الاجماع هنا على الحكم
على عدم حرمان صاحب القليل عن الشفعة ظهر ان كثرة اتصال صاحب الكثير
ليس بسبب لقوة سببه قوله وعورض بان الهيئة الاجتماعية قال الجد
الفاضل وههنا ايضا كذلك فانه عند الاجتماع لا يستحق الجميع اقول
فيه بحث فان عدم اخذه للجميع في صورة الاجتماع على تقدير جعل كل من
الاتصال الكثير والقليل علة كاملة لاستحقاق الجميع لا يكون لعدم
استحقاق الجميع بل لتعدد من يستحق الجميع كما في صورة تقسيم الغرماء ومراد
المعارض ان يكون الهيئة الاجتماعية مستلزمة التفاوت اصل الاستحقاق
قوله كالابن فانه يستحق الى اقول لو كانت كالبنت فلها استحقاق
جميع التركة عند انفرادها والثلث مع الابن لكان اوفق لقوله فيجوز
ان يكون صاحب القليل فتامل قوله واجيب بان الهيئة الاجتماعية
مطلقا تستلزم ذلك التي لا تجتمع من علتين مستقلتين اقول يفهم
من هذا الكلام ان الهيئة الاجتماعية تحصل في كلا الصورتين نهاية الامر
انها لا تستلزم ما لا يستلزمه الافراد الا في احدهما وهو مخالف لما فهم
من بعض المعتبرات كتب الاصول كالتوضيح فانه قال فيه اعلم انا نرجح بالكثرة
في بعض المواضع كالترجيح بكثرة الاصول وكترجيح الصحة على الفساد با
لكثرة في صوم غير مبيت ولا نرجح بالكثرة في بعض المواضع كما لم نرجح بكثرة الادلة
ولنا في ذلك فرق وهو ان الكثرة معتبرة في كل موضع يحصل بها هيئة
اجتماعية ويكون الحكم منوطا بالمجموع من حيث المجموع وانها غير معتبرة
في كل موضع لا يحصل بالكثرة هيئة اجتماعية ويكون الحكم منوطا بكل واحد
منها لا بالمجموع الى فتامل قوله ومسئلة الميراث ليست مما نحن فيه
اذ لم يجتمع في الابن علتان للعارض ان يعود فيذكر بدل هذه المسئلة
مسئلة اخرى اجتمعت فيها صفتان فالستلزم الاجتماع زيادة وهو اما

اذا ماتت امرأة وخلفت ابن عم هو زوج لها وابن عم ليس كذلك فان
الاول يستحق الزيادة على ما يستحقه الثاني فتامل قوله يعني ان
التمكن من التملك لا يجعل الشفعة من ثمرات ملكه اقول فيه كلام
فان التمكن من التملك عبارة عن حق التملك وهو الشفعة نفسها فكيف
يحتمل ان ينسب الى التمكن من التملك جعل الشفعة من ثمرات الملك وهل يجعل
الشيء نفسه شيئا بل الصواب ان يقال ان الشرع لا يجعل التمكن من التملك
الذي هو الشفعة من ثمرات ملك الشفيع ولعل مراد الجد الفاضل من البحث
الذي اشار اليه ههنا ما ذكرنا وغاية ما يمكن ان يقال في توجيه كلام
الشارح في هذا المقام ان مراده ان جهة كون الشفعة تمكنا من التملك لا يجعل
الشفعة فتامل قال المص معناه حيث اعترض عليه بعض الاجلة بان الباء
لا يكون معنى بعد قلت مراد المص حملها على المعية كما دل عليه قوله فيما سيجيء
ثم قوله يجب بعقد البيع بيان انه لا يجب الا عند معاوضة المال بالمال
والتعرض للبعدية بيانا لما هو الواقع فان المشروط يثبت بعد الشرط والمعية
تنافي التراخي لا التاخر قوله والضرر انما يتحقق باتصال ملك البائع بملك
الشفيع اعترض عليه بعض الاجلة حيث قال ان ارادوا بذلك ان الضرر
انما يتحقق بمجرد اتصال ملك البائع بملك الشفيع يلزم ان يتحقق الضرر
للشفيع قبل ان يبيع البائع ملكه لتحقق اتصال ملكه بملك الشفيع
قبل البيع فيلزم ان تجب الشفعة قبله ايضا لوجود ذلك الضرر وليس
كذلك قطعا وان ارادوا بذلك ان الضرر انما يتحقق بمدخلية اتصال
ملك البائع بملك الشفيع فهذا لا ينافي مدخلية البيع ايضا فلا يلزم
ان يكون سببها هو الاتصال كما ادعوا اقول وجوابه اظهر من ان يخفى
وهو انا نختار الاحتمال الاول فانه هو الحق اذ الاتصال هو مادة المضار
من ايقاد النار واعلاء الجدار بمنع ضوء النهار والاطلاع على الصغار والكبار
الى غير ذلك كما سبق وليس المشتري اولى باحتمال صدور هذه الافعال
منه من البائع حتى يكون البيع مدخل في ذلك ويلزم قوله يلزم ان

يتحقق

يتحقق الضرر للشفيع قبل ان يبيع البائع ملكه ويندفع قوله فيلزم ان
تجب الشفعة قبله ايضا بان وجه توقف الشفعة على البيع هو ان اتصال
احد الملكين بالاخر يكون منشأ لثبوت المضار المذكورة لكل واحد من
الشريكين وليس احدهما اولى بان تثبت له الشفعة وتمكن من تملك
صاحبه جبرا من الاخر لكون كل منهما اصيلين في خطتهما بخلاف ما اذا باع
حصته فان الذي لم يبع يجعله شفيعا ويتمكن من اخذ نصيب الاخر
حيث يعلم ببيعه رغبته واعراضه عن خطته فيرجح الاصالة على الدخيل
وهو المشتري قوله او وهب وسلم الى قوله وليس للشفيع الشفعة
اراد بالهبة ما عدا الهبة بشرط العوض فانه تثبت فيها الشفعة عند
القبض على ما سيجيء قال ولهذا اكتفى بثبوت البيع في حقه اعترض عليه
بعض الاجلة حيث قال فيه تامل اذ قد تقرر فيما مر ان علة ثبوت حق
الشفعة عندنا انما هي دفع ضرر الدخيل عن الاصيل بسوء المعاملة والظلم
ان ذلك الضرر انما يتحقق عند ثبوت البيع في حق المشتري لانه هو
الدخيل لا عند ثبوته في حق البائع مع تكذيبه المشتري الخ اقول
لا وجه السؤال اصلا اذ قد عرفت ان الشفعة انما شرعت لدفع ضرر
احد الجارين عن الاخر وانما على البيع لما ذكرنا من انه قبل البيع يستلزم
الترجيح من غير مرجح فلذلك قيل لدفع ضرر الدخيل فاذا اعترف احد الاصيلين
بالبيع فقد اعترف بانه زال عن ملكه ودخل في ملك الدخيل فهو اخذ باقراره
ويؤخذ الواحد بيده تامل قوله والهبة تدل على الجد لذلك اقول الصواب
في الجواب ان الشفعة معدول بها عن سنن القياس لانها تملك مال الغير
جبرا والشرع انما ورد بها في البيع فلا يجوز الحاق الهبة به قياسا وليس
الهبة بلا شرط عوض في معنى البيع حتى يلحق بعد لالة فليتامل قال لان
الملك قديم فلا ينتقل الى الشفيع الا بالتراضي او قضاء القاضي اعترض عليه
بان الملك في المبيع بالبيع الفاسد يتم بالقبض وللبائع ان يسترد بلا قضاء
ولا رضاء اقول لان العقد الفاسد واجب الرفع والاعدام فلم يناسب تاخيره

الى الرضاء او القضا فتامل قال كما في الرجوع في الهبة اعترض عليه بانه انما
شرط القضاء في الرجوع في الهبة لانه مختلف فيه وفي اصله ضعف دونها
وفي حصول المقصود وعدمه خفاء وكل ذلك منتف ههنا على اشتراط القضا
في الرجوع قد ثبت بالرأي ومن شرط القياس ان يكون حكم الاصل ثابتا بالنص
اقول فيه بحث اما اولا فلان ما ذكره من انتفاء كل ذلك فيما نحن فيه سهو
ظاهر فان من جملة ذلك حصول الوهاء في اصله وذلك لكونه ثابتا على خلاف
القياس من حيث انه تصرف في ملك الغير على ما ذكر في الشروح ثم لا يخفى
ان ذلك المعنى حاصل في الشفعة لما اسلفنا من انه ثابت على خلاف
القياس من حيث انه تملك مال الغير جبرا ولا يذهب عليك ان كل واحد
من الامور المذكورة في الرجوع علة مستقلة لتوقفه على القضاء او الرضاء
فثبوت الوهاء في الشفعة كاف في ثبوت ذلك الحكم فيها كما لا يخفى على المتامل
ثم ان في الشفعة جهة اخرى هي ايضا يقتضي توقفها على الرضاء او القضا
وهي انها حق ضعيف كما قالوا لها شرايط معتبرة لا تخلو مراعاتها عن
الاشكال واما ثانيا فلان المقصود من قوله كما في الرجوع في الهبة هو مجرد التنظير
لا القياس قال المص قوله يجب بعقد البيع بيان انه لا يجب الا بعقد
معاوضة المال بالمال اشارة الى ان الشرط هو تحقق البيع حقيقة كالبيع
المصطلح المشهور او معنى كالهبة بشرط العوض والصلح على الدار باقرار الى
غير ذلك باب طلب الشفعة والخصومة فيها قوله الشفعة بدون
الطلب شرع في بيان كيفيته وتقسيمه قال بعض الاجلة هذا بيان من الشراح
لوجه ذكر الشطر الاول من شطري عنوان الباب وهو طلب الشفعة ولم يتعرض
احد منهم لوجه ذكر الشطر الثاني منها وهو قوله والخصومة فيها اقول
لقائل ان يقول ما ذكره مبني على زعم ان يكون لفظ الخصومة في عنوان الباب
عطفا على طلب الشفعة وذلك غير مسلم عند الشراح فانه لهم ان يدعوا انه
عطف على الشفعة فيكون عنوان الباب مقصورا على الطلب باقسامه الثلثة
الا انه بعيد كما لا يخفى على المتامل قال وقوله عم الشفعة لمن واثبها

اعترض

اعترض عليه بعض الاجلة حيث قال في شرحه الاستدلال بهذا الحديث
الكريم نوع اشكال لانه ان كان مداره على نفي الشفعة عمن لم يواثبها بطريق
المفهوم ففيه انا لا نقول بمفهوم المخالفة وان كان مداره على ان لام الجنس في
الشفعة ولام الاختصاص في لمن واثبها تدلان على اختصاص الشفعة لشريك
لم يقاسم الى اقول جوابه ظاهر اذ الاصل في امثال هذا التركيب هو الحصر
الا انا حملناه على المبالغة في قوله عم الشفعة لشريك لم يقاسم توفيقا بينه
وبين الاحاديث الكريمة الدالة على ثبوت حق الشفعة لغير من لم يقاسم كقوله
عليه السلام جار الدار احق بالدار وقوله عم الجار احق بسقبه ولم توجد
ههنا ما يقتضي صرف هذا الحديث الكريم عن ظاهره فتامل قال المص والاشهاد
فيه ليس بلازم اعلم ان عدم اشتراط الاشهاد في طلب المواثبة بمعنى عدم
بطلان حق الشفعة على تقدير عدم اشهاد الشفيع على ذلك الطلب لعدم
قدرته على الاشهاد بان لا يوجد عنده في مجلس بلوغ خبر البيع اليه من يصلح
للشهادة ظاهر غير مكشوف وساير معروف وانما الكلام في انه اذا ترك
الاشهاد على طلب المواثبة مع قدرته عليه هل يبطل حقه ام لا واصول
اصحابنا توافق كلا من الاحتمالين اما البطلان فلانهم انما لم يشترطوا الاشهاد
على ذلك الطلب لما في اشتراطه من الافضاء الى الحرج ولا يخفى ان اشتراط الاشهاد
في صورة القدرة عليه لا يؤدي الى الحرج اصلا ويؤيد هذا ظاهر ما ذكره المص
فيما سيأتي حيث قال في اوائل باب ما تبطل به الشفعة وترك الشفيع الا
شهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك يبطل شفعته والى هذا ذهب
العلامة المشهور بمولانا خسرو حيث قال يبطلها اي الشفعة ترك طلب المواثبة
وترك الاشهاد عليه اي على طلب المواثبة قادرا عليهما واما عدم البطلان
فلانه لما كان الظاهر هو عدم قدرة الشفيع على الاشهاد في طلب المواثبة
جاز ان يجعل الحكم بناء على هذا الظاهر عدم اشتراط الاشهاد فلا يجب عليه الاشهاد
ولو قدر عليه لما تقرر من ان حكم الحكم الشرعي في الجنس لا في الافراد والظاهر
من كلمات شراح الهداية هذا فانهم جعلوا الاشهاد في قوله واذا ترك الشفيع

الاشهاد عبارة عن جنس طلب المواثبة وعلى هذا لا يندفع التناقض بين
القول المذكور وبين ما ذكره ههنا من عدم لزوم الاشهاد في طلب المواثبة
ولو انهم قالوا بلزوم الاشهاد في صورة المقررة لكان يظهر لهم عدم التناقض
في كلام المص اصلا قال لان اليد ظاهر محتمل فلا يكفي لاثبات الاستحقاق
اقول الاحتياج الى هذا التعليل فيما اذا اعترف المدعى عليه بان الدار في يده او انكر
الملك او كان اليد معلوما للقاضي دون الملك ثم اقول قال صاحب النهاية
وعن ابي يوسف ان القول في ذلك قول الشفيع ويقضى له بالشفعة وهو قول
زفر لان طريق معرفة الملك اليد ولهذا تجوز الشهادة بالملك لذي اليد
باعتبار يده الى قوله وجه ظاهر الرواية ان الملك باعتبار اليد يثبت من حيث
الظاهر والظاهر حجة لدفع الاستحقاق لا للاستحقاق الى وفيه بحث
فان ما ذكر في وجه ظاهر الرواية لا يكاد يصلح لان يكون جوابا عما ذكر في وجه
قول زفر لان مدار الوجه المذكور ان اقامة البينة في هذه الصورة لا يجدي
شيئا فوق ما تفيده اليد فان مستند الشهود ايضا اليد على ما افصح عنه
المص بنفسه في كتاب الشهادات حيث قال ومن كان في يده شيء من العبد والامة
وسعك ان تشهد انه له لان اليد اقصى ما يستدل به على الملك اذ هي مرجع
الدلالة في الاسباب كلها فيكتفى بها وقيل في بعض شروحه بانه لا علم بالملك
في موضع الا وهو مستند اليه فان غاية الامر ان يشاهد الانسان شراء
انسان عينا من الاعيان ولكن ذلك الشراء انما يفيد اذا كانت العين للبائع
وملك البائع انما يعرف باليد انتهى فلا يحصل باقامة الشهود شيء سوى مرتبة
الظهور كما لا يخفى ثم اقول ظهر مما ذكره المص ههنا عدم سداد ما ذكره ابن الهمام
في كتاب الشهادات من ان الظاهر يكون حجة للاستحقاق والدفع والظاهر
الذي يكون حجة للدفع لا للاستحقاق هو الاستصحاب فان اليد ليس
من قبيل الاستصحاب اذ هو عبارة عن الجزم بوجود شيء ثم الشك في بقائه
وليس اليد من ذلك القبيل وقد منع المص حجيتها للاستحقاق فتامل قال
واذا حضر الشفيع البائع والمبيع في يده فله ان يخاصمه في الشفعة لان اليد له

وهو بيد مستحقه قال الشارح اي معتبر كيد المالك ولهذا لان له ان يحبسه
حتى يستوفي الثمن المتبادر من كلام الشارح ان يكون المراد من كون المبيع
في يد البائع كونه كذلك قبل استيفاء الثمن من المشتري وهو الظاهر اذ
بعد الاستيفاء يكون يد البائع فيها كيد المودع الا ان المفهوم من كلام
الاتقاني عموم الحكم المذكور لما بعد الاستيفاء ايضا حيث قال وروى ابن
سماعة وبشر ابن الوليد عن ابي يوسف ان المشتري اذا كان نقد الثمن
ولم يقبض الدار حتى يقضى للشفيع بالشفعة بحضرة البائع والمشتري
فان الشفيع يقبض الدار من البائع الى قال ثم وجه هذا الفسخ
الى قوله لتعذر انفساخه لان الشفعة بناء عليه قيل ان انتقاض البيع
من كل وجه لا يوجب بطلان حق الشفعة الا ترى ان البائع والمشتري
اذا اختلفا في قدر الثمن والبائع يدعي الاكثر وتحالفا فسخ القاضي البيع
ويأخذه الشفيع والفسخ بالتحالف فسخ في حق البائع والمشتري مع انه
لا يوجب بطلان حق الشفيع وكذا لو باع عقارا بعبد ثم هلك العبد قبل
القبض انتقض البيع وللشفيع ان يأخذ العقار بقيمة العبد مع ان البيع
ينفسخ بهلاك المعقود عليه قبل التسليم من كل وجه فعلم ان انفساخ
العقد من كل وجه لا ينافي ثبوت حق الشفعة والجواب عن الاول
ان العقد بالتحالف انما كان ينفسخ في حقهما فالانفساخ يكون بطلبهما او
مطالبة احدهما فلا يظهر في حق الشفيع كما لو تقايلا وههنا قد انفسخ العقد
في حق المشتري رعاية لحق الشفيع وعن الثاني انه نص في المحيط على ان المقايضة
اذا هلك احد البدلين يبقى العقد لكن بصفة الفساد انتهى اقول
في الجواب نظر فان بقاء بيع المقايضة فاسدا لا يجدي شيئا في تحقق الشفعة
اذ قد صرح المص بان الشراء الفاسد لا يكون فيه الشفعة حيث قال ومن
ابتاع دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها اما قبل القبض فلعدم الخروج عن ملك
البائع وبعد القبض لاحتمال الفسخ الا ان يقال نعم قد صرح المص بذلك الا ان
الشراح اشاروا الى ان ذلك فيما اذا كان الفساد ابتداء حيث قال

صاحب العناية في قوله ومن ابتاع دارا شراء فاسدا فلو كان الاحتراز عن الشفعة
انما هو فيما اذا وقع فاسدا ابتداء **فصل** في الاختلاف **قال** لان
الشفيع يدعي استحقاق الدار عليه عند نقد الاقل قلت ان استحقاق الشفيع
الدار المشفوعة لا يتوقف على نقد الثمن المشتري بل على احضاره ايضا في ظاهر
رواية الاصل فلو قال لان الشفيع يدعي وجوب تسليم الدار عند نقد الاقل
لكان اظهر فان توقف وجوب التسليم على اداء الثمن مما لا اختلاف فيه **قال**
المصنف فاذا قضى بالدار للشفيع المشتري ان يحبسه حتى يستوفي الثمن **قال**
ولا يتحالفان لان الشفيع ان كان يدعي الى قوله ولا نص ههنا لانه لا وجه لقياس
التحالف ههنا على تحالف المتبايعين اصلا لا قبل القبض ولا بعده اما قبل القبض
فوجه وجود التحالف قبل القبض في المتبايعين وجود معنى الانكار في كلا المتعاقدين
اما في المشتري فظاهر حيث يدعي عليه البائع الكثير مما يعرف به وهو ينكر
الزيادة واما في البائع فمن حيث ان المشتري يدعي عليه وجوب تسليم
المبيع عند نقد الاقل والبائع ينكره واما بعد القبض فوجه وجود التحالف
بعد القبض في المتبايعين ورود النص على خلاف القياس ولا نص ههنا
ولا يجوز الحاقه قياسا في امثال هذا الموضع ولا دلالة لانه ليس في معنى ما ورد به
النص بحيث يفهم بمجرد اللغة فهكذا ينبغي ان يلاحظ هذا المقام والحمد لله ولي الوجود
والانعام ومن لم يتنبه لما ذكرنا قال في شرح معنى المقام انما النص في البائع والمشتري
مع وجود معنى الانكار من الطرفين ولا يخفى ما فيه اما اولا فلانه ما وجد فيه
معنى الانكار من صور الاختلاف بين المتبايعين هو ما قبل القبض وقد اشار
المصنف الى عدم جواز القياس في تلك الصورة لعدم وجود المعنى المذكور بقوله
لان الشفيع ان كان يدعي الخ انما مراده بقوله ولا نص بيان عدم القياس
فيما بعد القبض بعدم وجود النص فيه ولا يعلل بعدم الانكار فان ذلك
مفقود في الاصل ايضا بل الوجه في التعليل ان يقال لا نص فيه وهو ظاهر فان
النص في صورة المتبايعين وليس الشفعة بيعا صحيحا واما دلالة فلان الشفعة
ليس كالبيع من جميع الوجوه لعدم اشتراط الرضا مثلا **قال** وقال ابو يوسف
ر

رحمه الله البينة بينة المشتري لانها اكثر اثباتا قال بعض الاجلة لقائل
ان يقول البينة انما تسمع من المدعي والمشتري لا يدعي على الشفيع شيئا ثم
اقول يمكن الجواب عنه بان المشتري وان كان مدعى عليه لا مدعيا حقيقة
الا انه مدع صورة حيث يدعي زيادة الثمن ومن كان مدعيا صورة يسمع بينته
كما في المودع اذا ادعى رد الوديعة ... ومن هذا التفصيل تبين ان قول صدر الشريعة في هذا المقام
وجهها وذكر تاما ما يراد به ما ذكره بقوله لان الشفيع يدعي استحقاق الدار
عند نقد الاقل والمشتري ينكره ليس بسديد وقال فيما نقل عنه كيف وقد صرح
في غاية البيان وعامة المعتبرات انه اذا اقام احدهما البينة على الانفراد
قبلت بينته فلو كانت حجتها فيما اذا اقاما البينة كون المدعي هو الشفيع دون
المشتري لما قبلت بينة المشتري حين ما اقاما على الانفراد **اقول**
ليس ما ذكره شيئا فان كفاية الدعوى الصورية لقبول بينة المشتري
اذا اقامها على الانفراد لا يقتضي عدم ترجيح بينة الشفيع لوجود الدعوى
الحقيقية في جانبه عند تعارض البينتين **قال** وكان ذلك خطأ عند
المشتري بعينه على الخط شرعا بلا يلزم الحمل على كذب المسلمين مع حصول
المقصود بغرض صدقهما والمقصود بقوله وهذا لان الامر في الواقع وفي
نفس الامر مردد بين ان يكون الحق ما ذكره البائع فيكذب المشتري
وبين ان يكون ما ذكره المشتري فيخطأ البائع فلا بد ان يقال انه يثبت
القول بالخط ولا تردد بين ان يكون خطأ وعمدا فتامل **قال** لان فسخ
البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع قال صاحب النهاية وفسخ العقد مما
لا يبطل حق الشفيع خصوصا على قول العامة فان عندهم من ضرورة اخذ
الشفيع الشفعة من المشتري ينفسخ العقد الذي جرى بين البائع
والمشتري فكان الفسخ مقررا لحق الشفيع لا رافعا **اقول** فيه بحث
فان انفساخ عقد البيع بين البائع والمشتري بسبب اخذ الشفيع
الدار امر ضروري يصار اليه لاقتضاء القاعدة المقررة اياه وهي ان فوات

قبض المبيع المشتري موجب الفسخ حتى انه يجعل الفسخ في حق المشتري الى البايع
علي ما افصح عنه نفسه فيما سبق حيث قال وانما احتجنا الى هذا التكلف
كله من انفساخ البيع في حق المشتري دون البايع لانه لو انفسخ البيع من كل
وجه في حق البايع والمشتري دون البايع لانه لو انفسخ البيع من كل وجه
عبارة عنه ثم يبطل حق الشفعة ايضًا لان الشفعة انما تجب بالبيع انتهى ولا
يذهب عليك ان الانفساخ الثابت حكمًا للتحالف انفساخ من كل وجه فلا
لما ذكره اصلا بل لابد من التوفيق بين ما ذكره فيما سبق من بطلان حق الشفعة
عند الانفساخ من كل وجه وبين ما ذكره هاهنا من عدم بطلان حق الشفعة
عند الفسخ حكمًا للتحالف فتبصر **قال** لانه لما بدا بالاقرار بالبيع تعلقت
الشفعة به فبقوله بعد ذلك قبضت الثمن يريد اسقاط حق الشفيع
فيرد عليه **اقول** الظاهر من كلامه ان لا يكون فرق في هذا الفصل
بين الفصل والوصل وان تكون المسئلة مجمعًا عليها والذي يقتضيه نظرا عدم
ان لا يرد عليه قوله قبضت الثمن على تقدير الاصل عند الامامين الا ترى
انه اذا قال لفلان علي الف درهم من ثمن خمرا وخنزير يلزمه الالف عند ابي
حنيفة وصل ام فصل لانه رجوع وقالا اذا وصل لا يلزمه شيء فتامل
فصل فيما يوخذ به المشفوع **قوله** لما فرغ من بيان احكام المشفوع
وهو الاصل لانه المقصود من حق الشفعة ذكر ما يوخذ به المشفوع وهو
الثمن الذي يوخذ به **اقول** اطبق الشروح على هذا الكلام مع انه غير مطابق
للواقع فان مسائل الفصل السابق ايضا باجمعها متعلقة بما يوخذ به المشفوع
والحق ان هاهنا تقصيرًا من المصنف في الترتيب اذ الوجه الظاهر ان يعقد
لبيان ما يوخذ به المشفوع بابا ويذكر فصل الاختلاف في ذلك الباب
قوله ابطال حق ثبت للشفيع بلا بدل منها لا يخفى ما في هذا التوكيل **قول**
لئلا يخرج العقد عن موضوعه قال بعض الفاضل لانه يصير هبة لانه يبقى
تمليكا بلا عوض ولا شفعة في الهبة **اقول** فيه فان عدم وجود الثمن

في عقد البيع لا يقتضي ان يكون ذلك العقد هبة لجواز ان يكون بيعًا بلا
ثمن فيكون بيعًا فاسدًا الا ان يقال حمل كلام المتعاقدين على الصحة وهو
صونه مهما امكن عن الفساد مما يجب ويلزم فيما ذكره بناء على ذلك ثم **اقول**
الظاهر من سياق كلام البعض الفاضل ان يكون قوله ولا شفعة في الهبة
داخلًا في معنى كلام المص هاهنا وليس كذلك بل هو وجه آخر مستقل في
عدم الحاق حط الكل باصل العقد كما ان ما ذكره الشارح من لزوم خروج
عقد البيع عن موضوعه وجه مستقل في ذلك فتامل قال صاحب النهاية
بخلاف حط الكل لانه لا يلتحق باصل العقد وذلك لان حط الجميع لو التحق
باصل العقد فاما ان يصير العقد هبة ولا شفعة للشفيع في الهبة
او يصير بيعًا بغير ثمن فيكون فاسدا ولا شفعة في البيع الفاسد اعترض
عليه بان الشفعة انما لا تثبت في البيع الفاسد اذا فسد ابتداء اما اذا
فسد بعد انعقاده صحيحًا فحق الشفيع على حاله الا ترى ان النصراني
دارا بخمر فلم يقبضا حتى اسلما او اسلم احدهما او قبض الثمن ولم يقبض
الدار او لم يقبض الخمر فان البيع نفسه وللشفيع ان ياخذ الدار بالشفعة
لانه انما فسد بعد وقوعه صحيحًا الى قوله ولا يخفى ان الفساد عند الحاق
حط الكل باصل العقد فصار طارئا فيجب ان لا تبطل الشفعة **اقول**
يمكن ان يجاب عنه بوجهين اما الاول فهو ان الفساد الطارئ على قسمين
قسم يكون الفساد فيه متاخرًا عن الانعقاد صورة ومعنى حقيقة وحكمًا كما في
مسئلة بيع الدار بالخمر فان الفساد هناك انما وقع في تاريخ اسلام المتعاقدين
او احدهما اما صورة فظاهر واما معنى فلانه ليس هناك ما يقتضي استناد
الفساد الى اول العقد وقسم يكون الفساد فيه متاخرا صورة ومقارنا معنى
كالمسئلة التي نحن فيها فان الفساد وان كان يلزم بالحط المتاخر عن العقد
الا ان الفساد انما يلزم بالحاق الحط باصل العقد وجعل البيع بمنزلة العقد
اولا بلا ثمن اذ لو جعل حكم الحط من يوم وقوع الحط لكان هبة مبتداة

الثمن من المشتري فلا يلزم الفساد البيع اصلا وما ذكر من نفيه حق الشفعة انما هو في القسم الاول من الفساد لا في القسم الثاني هذا واما الثاني فلان ما ذكره من نفيه حق الشفعة ليس الا فيما اذا افسد البيع فسادا اصطلاحيا واما اذا افسد فسادا بمعنى البطلان وزوال الانعقاد فلا شك انه لا يبقى فيه الشفعة ويكون بمنزلة الفسخ في حق المتعاقدين وانت خبير بان حط جميع الثمن بأصل العقد يستلزم البطلان لا الفساد فانه يكون بيعا بنفي الثمن لا بيعا بلا ذكر الثمن فان حط الثمن في حكم نفيه لا عدم ذكره وقد ذكر المولى خسرو في درر الحكام وغرر الاحكام ان الحاصل ان البيع بنفي الثمن باطل غير منعقد اصلا كالبيع بعدم ذكره فانه بعدهما فرق في صدر باب البيع الفاسد بين الفاسد والباطل وشرع لتفصيل الباطل بقوله بطل بيع ما ليس بمال **قال** وبيع نفي فيه الثمن فانه اذا نفى فقد نفى الركن فلم يكن بيعا وقيل ينعقد لان نفيه لم يصح لانه نفى العقد واذا لم يصح نفيه صار كانه سكت عن ذكر الثمن ولو باع وسكت عنه ينعقد البيع انتهى ويؤيد ما ذكرنا انه قال في هذا المقام من الكتاب المذكور لا حط الكل لان العقد يكون باطلا او هبة وعلى التقديرين لا تصح الشفعة انتهى حيث عبر بالباطل مكان الفاسد فعلى هذا يكون الفاسد في كلام صاحب النهاية على المعنى العام لا يقال يبنى هذا الجواب على ان لا يكون فرقا بين البقاء والابتداء في صورة البطلان الناشئ عن عدم البدل بطلان المحل وفي مثل ذلك لا فرق بين البقاء والابتداء على ما اعترف هذا المعترض نفسه في اوائل باب المخالفة حيث قال ان البيع اذا ابطل انما يبطل باعتبار عدم الاهلية او المحلية ولا سبيل ههنا الى البطلان لعدم الاهلية فتعين بطلانه لعدم المحلية وما يرجع اليها فالابتداء والبقاء فيه سواء كالشيوع يمنع ابتداء الرهن لعدم كون الشايع محلا للرهن فكذا يمنع بقاء فلما كان بطلان البيع بالابدال باعتبار عدم المحلية ينبغي ان يستوي

فيه

فيه الابتداء والبقاء فتامل **قوله** الا ترى ان الشفيع لو سلم شفعة الدار على ان يأخذ منها بيتا بعينه كان التسليم باطلا وهو على شفعته يعني ليس له ان يأخذ بطريق الشفعة ذلك البيت المشروط فاخذه في تسليم بقية الدار للزوم اخذه بما يخصه من الثمن وذلك انما يعرف بالتخمين فظهر وجه التنوير للتماثل البصير **قال** كالزيادة انما اثرها على الرواج لا بينهما من المشابهة الشديدة من حيث ان كلا منهما نافع للمشتري ضار للبائع كما ان الحلول والرواج على عكس ذلك فتامل **قوله** احترازا عما اذا كان مرتدا يعني لا عما اذا كان حربيا مستامنا فانه بمنزلة الذمي في وجوب الشفعة له وعليه في دار الاسلام لان التقييد بالذمي اذا كان للاحتراز عن المرتد فالظاهر انه القيد به في قوله واذا اشترى ذمي بخمر او خنزير ايضا كذلك مع انه لا وجه للاحتراز عنه فانه اذا كان المرتد هو المشتري يكون في معنى البيع بشرط خيار المشتري فتجب الشفعة به للشفيع سواء انتقض البيع او تم فتامل ثم ان الظاهر ان المراد من اشتراء الذمي بخمر وخنزير اشتراؤه من الذمي والا لفسد البيع ابتداء فلا يجب فيه الشفعة وانما لم يذكر ذلك لظهوره **قوله** واستشكل ان قيمة الخنزير لها حكم العين وهذا لا يعشر العاشر من قيمته كما تقدم في باب من يمر على العاشر المعين لا تجب القيمة في الخنزير لانه من ذوات القيم فيكون اخذ قيمته كاخذ عينه ولا كذلك الخمر لانها من ذوات الامثال ثم **قوله** وقد يندفع الاشكال المذكور بالفرق بين هذه الصورة وبين صورة التعشير بان يقال ان كونه قيمة الخنزير في حكم عينه ليس الا من وجه دون وجه فيعتبر ذلك بالنسبة الينا لا اليهم فيتحقق المنع بالنسبة الينا عن اخذها وحيازتها اجتنابا عنه واحتياطا كما في صورة التعشير لا عنهم فيها اليهم لما فيه من تبعيدها وازالتها فيكون كالانتفاع ما يستهلك المرتهن ثم ان صاحب النهاية قال في تقرير هذا الاشكال فقد علم من ذلك التعليل ان القيمة من ذوات القيم حكم الاعيان فكان ايجاب ايجاب قيمة الخنزير على المسلم بمنزلة ايجاب الخنزير على المسلم غير جائز وجوابه

اموصا الزوم ايجاب حيوان غير معين في الذمة بمقابلة المال والثاني لزوم
ايجاب الخنزير على المسلم انتهى قالت لا يخفى ما في الوجه الثاني من تعليل الشيء
بنفسه في توجيهه قوله واجيب بان مراعات حق الشفيع واجبة بقدر
الامكان قال الجد الفاضل رحمه الله وتقرير الجواب في شرح المجامع هكذا قيمة
الخنزير كعين الخنزير من وجه لكن في كونها بمنزلة الخنزير شبهة فلا يمكن
ابطال حق الصبي وفي مسئلتنا يتضمن ابطال حق الصغير فلم يعمل بها بخلاف ما ذكر
على الهامش وفي شرح الكنز للزيلعي انما يجبر على اخذها اذا كانت القيمة بدلا عن
الخنزير واما اذا كانت بدلا عن غيره فلا يجبر وههنا بدل عن الدار لا عن الخنزير
وانما الخنزير يعتبر لتقدير بدل الدار فلا يجبر على اخذها انتهى اقول
الوجه الاول على ما ذكره الزيلعي انه لا يدفع الاشكال الذي اورده بصورة
اتلاف المسلم خمر الذمي او خنزيره فانه نص المص فيما سبق على انه يكون ضامنا
حيث قال في فصل غصب ما لا يتقوم واذا اتلف المسلم خمر الذمي او خنزيره ضمن
ولا شك ان ضمان الخنزير بقيمته وتكون القيمة هناك بدلا عن الخنزير
اللهم الا ان يقال انه وجوب ضمان خنزير الذمي على غاصبه المسلم ثم عند
ابي حنيفة وما ذكره الزيلعي من الدليل مبني على مذهبه قال الاتقاني هناك
ولو اتلف مسلم على ذمي خنزيرا على قول ابي حنيفة لا يضمن شيئا وعلى قول محمد
يضمن قيمته ثم قال بعد اسطر وجه قول ابي حنيفة ان قيمة الحيوان قائمة مقام
الحيوان حتى اذا جاء بقيمته بعد الاتلاف يجبر على القبول كما اذا جاء بالحيوان
فيكون اداء قيمة الخنزير والمسلم لا يملك تسليم الخنزير لكونها في حكم عينه وان
كان يلزم ابطال حق الصغير فتبصر فصل قال وبه قال الشافعي الا ان عنده له
ان يقلع يعني انه ابا يوسف والشافعي اتفقا على انه لا يكون للشفيع ان يامر المشتري
بان يقلع البناء والغرس فيتضرر الا ان ابا يوسف ذهب الى انه يكون له ان
ياخذها بالقيمة او يترك الارض وذهب الشافعي الى تجويز ان يقلعها الشفيع
فيسلم اليه النقض ويعطي قيمة البناء معه هذا المفهوم من مساق كلامه واما

ما ذهب

ما ذهب اليه الجمهور الشراح من انه يكون قوله الا ان عنده اشارة الى قول الامام
الشافعي فليس بذاك قال وصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسدا
اقول فيه كلام فان قياس مسئلتنا هذه على مسئلة الهبة ومسئلة الشراء
الفاسد ليس بصحيح اما على مسئلة الهبة فلان الحكم عند ابي يوسف في هذه
المسئلة هو الاخذ والاسترداد بلا قلع وما ذكر من مسئلة الهبة لا يكون
فيها للواهب بعد بناء الموهوب او غرسه حق الاسترداد اصلا لا بالقيمة ولا بدونها
فكيف يستدل بعدم القلع ثمة على عدم القلع ههنا واما على مسئلة الشراء الفاسد
فلانه في مسئلة المشتري شراء فاسدا وان كان للبائع عند ابي يوسف ومحمد
ان يسترد المبيع بعد بناء المشتري وغرسه الا انهما قالا بالاسترداد بطريق
القلع على ما افصح عنه المص فيما سبق حيث قال ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها
المشتري فعليه قيمتها عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ينقض البناء و
يرد الدار والغرس على هذا الاختلاف انتهى ويمكن الجواب عن كلا وجهي الكلام
اما عن الاول فبان يقال ليس مراد ابي يوسف قياس ما نحن فيه على مسئلة
الهبة قياسا صحيحا اصطلاحيا حتى يتجه عليه ما ذكر بل مراده مجرد الايضاح
ويكفي في ذلك اشتراك المسئلتين في مجرد عدم القلع وان لم يشتركا في
الاخذ والاسترداد وقد اشار اليه الشراح بقوله واستوضح ذلك بالموهوب له
الى حيث لم يقل وقاس ذلك على الموهوب له على ان في شرح تاج الشريعة ما يدفع
هذا السؤال حيث قال فصار كالموهوب له اي اذا بنى الموهوب له ما لا يعود
زيادة بان بنى دكانا صغيرا فانه لا يمنع الرجوع عن المحل ولا يؤمر بالقلع واما عن
الثاني فبان يقال انه دليل الزيلعي لا اقتداء فيكفي عدم القلع عنده وسيجيء ما يتعلق
قال لانه يتقدم عليه اعترض عليه بعض الاجلة حيث قال ههنا كلام وهو
ان المص قال قبيل باب طلب الشفعة في تعليل قوله وعليك بالاخذ اذا
سلمها المشتري او حكم حاكم لان الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل الى الشفيع الا
بالتراضي او قضاء القاضي وبين ذلك وبين ما قاله ههنا تدافع فان المفهوم
مما ذكره هناك تقدم المشتري على الشفيع حيث يثبت الملك اولا للمشتري

ثم ينتقل منه الى الشفيع بالتراضي او بقضاء القاضي وما ذكره هنا صريح في تقدم الشفيع
على المشتري في التوقي ثم اجاب عنه بقوله والجواب ان المراد بما ذكره هنا
في تقدم الشفيع على المشتري في التملك والتملك مغاير للاستحقاق موخر عنه
اقول مبنى هذا السؤال والجواب عدم الاهتداء الى ما هو الحق والصواب
اما السؤال فلان المراد من تقدم الشفيع على المشتري رجحانه عليه شرعا
حيث ياخذ الدار المشفوعة منه جبرا لا التقدم الزماني والتقدم بهذا
المعنى معروف في هذا الفن كما في تقدم بينة الخارج على بينة ذي اليد في دعوى
الملك المطلق واما الجواب فلان تقدم الشفيع زمانا على ثبوت الملك للمشتري
غير مسلم اذ المشروط لا يثبت بدون الشرط وثبوت حق الشفعة للشفيع
مشروط بالبيع والشراء كما اعترف به نفسه على ان مجرد تقدم شيء على شيء آخر
زمانا لا يدل على تاكيد الاول وقوته **قال** بخلاف الهبة وبخلاف الشراء
الفاسد عند ابي حنيفة قال الشراح انما قيد بقوله عند ابي حنيفة لان عدم
استرداد البايع في الشراء الفاسد اذا بنى المشتري فيه المشتري انما هو قوله
واما عندهما فله الاسترداد **اقول** فيه بحث فان المراد بقوله بخلاف الهبة
وبخلاف الشراء الفاسد بيان مخالفة مسالة الشفعة لتينك المسالتين
في عدم تكليف المشتري بالقلع والنقض لا في الاسترداد وعدمه واختصاص
القول بعدم استرداد البايع في الشراء الفاسد اذا بنى المشتري لابي حنيفة
لا يقتضي التقييد ههنا عند ابي حنيفة فانهما لو قالا ان للبايع حق الاسترداد
والاخذ في الشراء الفاسد وان بنى المشتري لكن لا بتكليف القلع بل بطريق
اداء قيمة البناء لحصل الاستغناء ههنا عن القيد المذكور وبالجملة
ان المدار في لزوم القيد المذكور وعدمه عموم القول بعدم تكليف القلع
وعدمه لا عموم القول بالاسترداد وعدمه نعم ان المفهوم مما ذكره المص
في فصل احكام البيع الفاسد ان يكون عندهما للبايع التكليف بالقلع
في مسالة بناء المشتري شراء فاسدا حيث قال وعند ابي يوسف ومحمد
ينقض البناء وترد الدار فيجب التقييد ههنا بقوله عند ابي حنيفة الا ان الكلام

في تعليل الشارح المذكور بمجرد ثبوت حق الاسترداد اللهم الا ان يحمل
قوله فللشفيع اشارة الى ثبوت حق الاسترداد بطريق تكليف القلع **قوله**
والجواب انه يكون على غير ظاهر الرواية يعني انه ثبت عن ابي يوسف في مسالة
بناء المشتري في الشراء الفاسد روايتان احدهما ان للبايع حق الاسترداد
وهو ظاهر الرواية والسؤال المذكور انما يتوجه على تلك الرواية والاخرى
انه ليس له ذلك كما هو مذهب ابي حنيفة وما ذكره ابي حنيفة من الدليل
مبني على هذه الرواية فما ل هذا الجواب قريب مما اجاب بعض الاجلة فلا يرد
على هذا الجواب ما ذكره بقوله ان المص بصدد بيان وجه ظاهر الرواية فلا
مجال لحمل كلامه الخ فكانه ظن ان مراد المص بغير ظاهر الرواية في مسالة
الشفعة ثم ان بعض الاجلة الكرام قال في شرح هذا المقام لقائل ان يقول اذا
جاز عندهما الاسترداد بعد البناء في الشراء الفاسد ايضا فكيف يتم قياس
ابي يوسف في دليله المذكور في مسالتنا هذه بقوله وصار كالموهوب له
والمشتري شراء فاسدا فانه جاز الاسترداد في الشراء الفاسد فينافي قياس
المشتري في مسالتنا هذه على المشتري شراء فاسدا في انه لا يكلف القلع كما هو
مذهب ابي يوسف ههنا فان قلت يجوز ان يكون مراده بقوله والمشتري
شراء فاسدا مجرد الاحتجاج على ابي حنيفة بمذهبه في الشراء الفاسد كما افصح
عنه صاحب العناية قلت ذلك بعيد من عبارة الكتاب جدا اذ الدال قياسه
المذكور ولم يذكر بصدد الجواب عما قاله صاحباه **اقول** ان ابا يوسف يقيس
مسالة الشفعة في استرداد الشفيع للارض المشفوعة بعد بناء المشتري فيها
او غرسه بقيمة البناء والغرس من غير تكليف القلع للمشتري على مسالة الهبة
والشراء الفاسد فثبوت حق الاسترداد للبايع في مسالة الشراء الفاسد
لا يخل بالقياس المذكور بل ربما يتوقف هو عليه على ما اسلفناه وانما المخل به ثبوت
حق الاسترداد بتكليف القلع بعد البناء في الشراء الفاسد ايضا فكيف على انه
لنا ان نختار ان القياس المذكور مذكور لمجرد الاحتجاج على ابي حنيفة بمذهبه
وما ذكر من بعده من عبارة الكتاب غير مسلم فانه ذكره دليلا لابي يوسف بجواز

ان يكون دليلا الزاميا له سوقا الالزام ابي حنيفة ويكون تقديم ذكره على ذكر ما
قاله ابو حنيفة ومحمد كراهة خروجه عن عادته المطردة بتقديم دليل الضعيف على دليل
القوي على عكس ما اعتاده في بسط الاقوال نعم لو قال في تزييف احتمال الدليل
المذكور لالزام ابي حنيفة رحمه الله ان ابا يوسف لم يقل بكون مذهب ابي حنيفة
في صورة الشراء الفاسد انسداد باب الاسترداد بالكلية على ما افصح عنه صاحب
النهاية وغيره هناك حيث قالوا قال شمس الائمة السرخسي هذه المسألة
الثالثة التي جرت المحاجة بين ابي يوسف ومحمد وقال ابو يوسف ما رويت لك
عن ابي حنيفة انه يأخذ قيمتها فانما رويت لك انه ينقض البناء انتهى لكان اولى
قوله لان قوله وهذا لان حقه اقوى من حق المشتري فيضمن ذلك اقول
وكذلك قوله لانه بنى في محل تعلق به حق الغير لابد دفع الضرر الاعلى
بتحمل الاهون انما لم يلزم فيما اذا لم يقع المتضرر في ذلك الضرر الاعلى باختياره
ورضائه واما اذا وقع باختياره فيكون ضررا مرضيا ولا يكون عليه دفعه والمشتري
ببنائه في محل تعلق به حق الغير كانه اختار ذلك الضرر على ما اشار اليه
الامام البرهان الدين في محيطه حيث قال واكثر ما فيه ان في نقضه ضررا
للمشتري هو الذي اضر بنفسه حيث بنى على محل تعلق به حق الغير انتهى قوله
والفرق ان النقض لا يتضرر به المشتري كثيرا اقول ماله الى تدارك
حق المشتري في صورة الصبغ ودفع الضرر الاعلى الذي يصيبه لو كلف قلع
الصبغ مجانا بتحمل الضرر الاهون الذي يصيب الشفيع على تقدير التملك بالقيمة
فيرد هذا على ما ذكر انفا من ان الترجيح بدفع اعلى الضررين بالاهون انما يكون
بعد المساوات فتأمل قال واذا انهدم الدار او احترق بناؤه قلت لو قال
واذا انهدم بناء الدار او انهدم او احترق فيكان اولى اذ لا يرى وجه الفرق
بين الانهدام والاحتراق حتى يضاف الاول الى نفس الدار والثاني الى بنائها
فتأمل قال لان له ان يمتنع عن تملك الدار عاليه اقول قوله عاليه لا اشعار
بوجه الحكم كانه يقول ان له الامتناع عن التملك ههنا لانه انما يملكه ببذل المال
وهو الثمن وماله في يده يتصرف فيه كيف يشاء فله ان لا يبذله قبل احترازه عن

تملك

تملك الدار بغير ماله كالارث مثلا فانه ليس له ان يمتنع وفيه ان الهبة بغير
شرط العوض تملك بلا مال مع انه له ان يمتنع وفيه فتأمل قال وجه الاستحسان
انه باعتبار الاصل صار تبعا للعقار كالبناء في الدار وكما فيه في اخذ الشفيع
اقول فيه بحث لان الاول فلان اتصال البناء وما كان مركبا فيه والشجر
بالارض اتصال قرار بخلاف اتصال الثمر بالشجر فانه للقطع فلا يلزم من اخذ
الاول اخذ الثاني واما ثانيا فلان ما ذكر في وجه الاستحسان ههنا يجري
في صورة الدخول في البيع ايضا فما بالهم لم يعتبروا الاستحسان هناك
اللهم الا ان يقال هناك انما يمتنع استحسان الدخول وهو قوله ومن
اشترى ارضا فيها نخل فالثمرة للبائع الا ان يشترط المبتاع الحديث فانه
يدل على عدم دخول الشجر عبارة والبناء دلالة قوله واذا اولدت ولدا
قبل القبض قال الدهلوي هذا البيان لا يلائم ههنا اذ الكلام فيما اذا اثمرت
النخيل بعد قبض المشتري انتهى اقول لعله ناظر الى ان الاثمار وان
كان بعد قبض المشتري لكنه قبل قبض الشفيع والشفيع كالمشتري من المشتري
وقد افصح عن هذا ما ذكره الاتقاني حيث قال ان الجارية المبيعة اذا ولدت
قبل البيع سرى اليه حكم البيع فيكون الولد كالمشتري كالام فكذا ههنا
الثمر الحادث في يد المشتري قبل قبض الشفيع يكون للشفيع اخذه تبعا
لان المشتري كالبائع من الشفيع الا ان الحق في يد الدهلوي فان المقصود
جعل الاثمار الحاصلة عند المشتري مبيعا في البيع الجاري بين البائع والمشتري
حتى يكون سببا لاخذ الشفيع لا في البيع الجاري بين المشتري والشفيع
فالمعتبر في التشبيه حصول كل من الثمر والولد عند المشتري في ذلك العقد
قال فان جذه المشتري يسقط عن الشفيع حصته قال رضي الله عنه
وهذا جواب الفصل الاول لانه دخل في البيع مقصودا فيقابله شيء من
الثمن اما في الفصل الثاني فيأخذ ما سوى الثمر بجميع الثمن لان الثمر لم
يكن موجودا عند العقد فلا يكون مبيعا فلا يقابله شيء من الثمن انتهى
اقول ما ذهب اليه صاحب الهداية في هذا المقام يرى محل بحث وكلام

فانه اراد من عدم كون الثمر مبيعًا في الصورة الثانية عدم كونه مبيعًا مقصودًا فسلم ولا ضير فيه وان اراد عدم كونه مبيعًا تبعًا ايضًا فمخالف لما ذكره نفسه حيث قال وكذلك ان ابتاعها وليس في النخل ثمر فاثمر في يد المشتري يعني ياخذه الشفيع لانه مبيع تبعًا لان البيع سرى اليه انتهى فالظاهر انه مبيع تبعًا فقضية كلامه في حتى يقابله شيء من الثمن اذا صار مقصودًا بالاتلاف فاذا جذه المشتري ينبغي ان يسقط عن الشفيع حصة المجذوذ لكونه مقصودًا بالاتلاف وان ما ذكره الاتقاني جوابًا عن الفصلين كما هو المتبادر من مساق كلامه وبهذا يظهر وجه التقييد بالجذ مع عدم الاحتياج اليه بالنظر الى الفصل الاول فان الثمر فيه داخل اصالة لا تبعًا فيما باله شيء من الثمن سواء صار مقصودا بالاتلاف او لا حيث يكون وجه التقييد قصد اخراج الجواب مخرج الصلاح لان يكون جوابا للفصلين فانه لم يقيد بالجذ لا يصلح ان يكون جوابًا عن الفصل الثاني لما عرفت ان دخول الثمر فيه بطريق السراية والتبع فيندفع ما ذكره الرهاوي بقوله التقييد بقوله فان جذه يشير الى انه لو سقط الثمار عن النخيل بنفسها لا تسقط عن الشفيع حصتها وليس كذلك لانه جواب الفصل الاول وفيه الجواب في جذ المشتري او سقوط الثمار بنفسها واحد لانه دخل في البيع بالذكر انتهى الا ان في كلام صاحب النهاية تفصيلا يمنع عن حمل كلام القدوري على ما ذكرنا لكنه لا يدفع المقصود من قول المص في التعليل فلا يكون مبيعًا فتبصر **باب** ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب **قال** وقال الشافعي لا شفعة فيما لا يقسم لان الشفعة انما وجبت دفعًا لمؤنة القسمة وهذا لا يتحقق فيما لا يقسم قال الاتقاني رحمه الله وجه قول الشافعي ان العلة في وجوب الشفعة دفع مؤنة القسمة وهو الضرر الذي يلزم الشريك باجرة القسام وهو فاسد لان هذا المعنى موجود في الشركة في العروض ولا شفعة فيها انتهى **اقول** فيه بحث لان وجود الحكم عند وجود العلة لا يشترط للعلية اذ يجوز ان يكون تخلفه لمانع وبكفي مانعًا ما اشار اليه نفسه حيث قال فيما سيجيء

ان الشفعة امر ثبت على خلاف القياس بالنص والاجماع في العقار ولا نص ولا اجماع في المنقول انتهى فتامل **قال** لقوله عليه السلام لا شفعة الا في ربع او حائط هذا الحديث الكريم وان دل على قصر الشفعة في الربع والحائط عبارة الا انه يدل على قصرها في عامة انواع العقار دلالة اذ لا فرق بين انواع العقار في دوام الملك فيه لقراره وثباته فيلحق بالمذكور ما لم يذكر من العقار بطريق الدلالة وقد اشار اليه المص حيث قال والملك في المنقول لا يدوم حسب دوامه في العقار فلا يلحق به فلا يرد عليه ما اورده بعض الاجلة بقوله اقول فيه شيء وهو ان الظاهر ان وجه الاستدلال **قال** ولان الشفعة انما تجب لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام والملك في المنقول لا يدوم حسب دوامه في العقار فلا يلحق به لقائل ان يقول ان الظاهر من قوله فلا يلحق به ان يكون هذا الكلام لدفع ما عسى يتجه على احتجاجه على عدم ثبوت حق الشفعة في العروض والسفن بذلك الحديث الكريم من ان يقال انه لم يتناولها الحديث عبارة يجوز ان يجعل متناولا لها دلالة كما في سائر انواع العقار وحاصل الدفع انه انما يتناول الدلالة ما هو في معنى العقار من كل وجه وليس العروض والسفن كذلك الا ان تصدير هذا الوجه بحرف العطف وابرازه في صورة دليل مستقل اخر يابى ذلك فتامل ثم ان عدم دوام الملك في المنقول دوامه في العقار اما لان المنقول لا يدوم دوام العقار فلا يدوم فيه الملك او اما لان العقار لا يشترى للبيع بل انما يشترى في الاكثر للمعاش فيه الى اخر العمر بخلاف المنقولات على ما في اشار اليه الاتقاني **قال** والمسلم والذمي في الشفعة سواء قال الاتقاني قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره واهل الاسلام في استحقاق الشفعة واهل الذمة والمستامنون من اهل الحرب والعبد الماذون له والاحرار والمكاتبون والمعتق بعضه في وجوب الشفعة لهم وعليهم سواء الخ **اقول** في المستامن كلام فان الحكمة في وجوب الشفعة دفع ضرر سوء الجوار على الدوام والمستامن لا يدوم في دارنا حيث لا يمكن من ان يقيم فيها سنة فالظاهر

دعوة الجدار فتامل قال وإذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة
اقول كان ينبغي ان يقيد بما يدل على وجوب كون المبادلة المالية مقصودة
لما سيصرح به المص نفسه من عدم الشفعة في المبادلة التابعة حيث قال
ولان الشفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة حتى ان المضارب اذا باع
دارا وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربح لكونه تابعا فيه
قال او يصالح بها عن دم عمد اقول احترز به عن الخطاء فان الصلح عنه مبادلة
المال بالمال على ما افصح عنه المص في كتاب الصلح حيث قال واما الثاني وهو جناية
الخطاء فلان موجبها المال فيصير بمنزلة البيع قال او يعتق عليها عبدا الخ ان قلت
ان بدل العتق مال وكذا العبد فكيف لا يكون اعتاق العبد على الدار مبادلة مال
بمال قلت اشار المص الى وجهه في باب العتق على جعل حيث قال وانما يعتق
بقبوله لانه معاوضة المال بغير المال اذ العبد لا يملك نفسه الخ وقد اشار الشارح
في بيان معنى الكلام المذكور ان يقال ان العبد لا يملك نفسه بهذا العقد
لكونه اسقاطا فلم يدخل في ملكه شيء من المال غاية ما يقال انه يثبت له قوة
شرعية وهي ليست بمال لا محالة فكان ما بذل له بمقابلة مال بما ليس بمال انتهى قلت
قد جوز المص في كتاب المكاتب ان يعد مثل هذه المبادلات من قبيل مبادلة المال
بالمال حيث قال ولنا انه اي عقد الكتابة معاوضة المال بغير المال او بالمال على
وجه يسقط الملك فيه فاشبه النكاح انتهى ولا فرق بين الكتابة والعتق
على مال في المعنى المذكور الا انه لا يخل بالمرام فان الشرع انما ورد بثبوت الشفعة
في مبادلة مال بمال على وجه يثبت الملك في كل من البدلين كما هو المفهوم من
فلا يلحق به المبادلة على وجه الاسقاط فتامل قوله حيث لا يرى شفعة الجوار
اقول وكذا لا يرى شفعة الشركة في حق المبيع على ما نص عليه الشارح نفسه
في مفتتح كتاب الشفعة حيث قال ويفهم من كلامه ان نزاعه ليس في الجار وحده
بل فيه وفي الشريك في حق المبيع لانه مقسوم ايضا انتهى ولا يبعد ضم هذا النظر
وجه القصر المستفاد من قول المص لانه لا شفعة عنده الا فيه ويظهر وجوب
الحمل على اشهار الشخص ونحوه وفيه ما فيه قوله وفيما لا يقبل القسمة يعني انه

الشافعي

الشافعي لا يرى الشفعة فيه وفي كلامه اشارة الى ان قول المص شقصا
من دار احتراز عن شيئين احدهما ان يجعل كل الدار مهرا او نحوه والآخر
شقص مما لا يحتمل القسمة كالحمام والرحا قوله وانما افردها
لانه تقوم بها البعد قال الحبر الفاضل رحمه الله تعالى فيه بحث لا يخفى جوابه
اقول يمكن ان يحمل البحث المذكور على ما ذكره بعض الاجلة بقوله فيه
بحث لان تمامه يتوقف على كون سائر الاعواض المذكورة مالا الى آخره
وان يحمل على ان يقال كون تقومها يكون سببا لاظهرية عدم تقومها
والشيء اذا كان اظهر لا يحتاج الى الاهتمام ببيانه والاعتناء بشانه
وجوابه ظاهر ثم ان ما ذكره بعض الاجلة في قوله المذكور من ان المنافع
ليست باموال على اصلنا مخالف لما ذكره المص في كتاب المكاتب حيث قال ولانه
يعني التزويج مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة اذ هي
مبادلة المال بالمال انتهى ولا يخفى ان احد البدلين في الاجارة هو المنفعة
فتامل وما ذكره من ان الدم والعتق غير متقومين اصلا لا بالتقوم الضروري
ولا بغير الضروري غير صحيح على ما نقف عليه قوله لانها ليست باموال
فضلا عن التقوم اقول المفهوم من كلامه هذا ان لا يكون الشيء متقوما
ما لم يكن مالا وهو مخالف لما ذكره في كتاب الصلح حيث قال الا ترى ان الصلح
عن القتل العمد على اقل من عشرة صحيح وانه لم يصلح صداقا وانه اذا صالح
على ان يعفو عنه على قصاص له على آخر جاز وانه لم يصلح العفو عن القصاص
صداقا لان كون الصداق مالا منصوص عليه بقوله تع ان تبتغوا باموالكم
وبدل الصلح في القصاص ليس كذلك فيكتفي بكون العوض فيه متقوما والقصاص
متقوم حتى صح الصلح عنه عوضا عنه انتهى فان المفهوم منه ان يكون الشيء
متقوما من غير ان يكون مالا كالقصاص تامل قال ولان الشفعة شرعت
في المبادلة المالية المقصودة قال الحبر الفاضل رحمه الله فالبيان في تغاير
الدليلين اقول تامل فانا قد وجدنا الدليلين متغايرين فان حاصل الاول
ان البيع ههنا تابع لعقد لا تثبت به الشفعة والتابع في حكم المتبوع

فلا يثبت بهذا البيع ايضًا شفعة وحاصل الثاني الشفعة ثابت على خلاف
القياس فيقتصر على مورد الشرع والشرع انما ورد بثبوتها في مبادلة مالية مقصودة
والمبادلة ههنا تابعة غير مقصودة فلا تثبت بها الشفعة مع قطع النظر عن
كون تبعيتها لما لا يثبت به البيع حتى لو فرضت تابعة لعقد آخر تثبت به الشفعة
لا يثبت ايضًا بها الشفعة فالاعتبار في كلام المصنف اصلاً نعم في كلام الشراح
كلام حيث ادرجوا هذا الدليل ايضًا الى كون المبادلة تابعة لما لا يثبت به
الشفعة الا ترى انهم قالوا وليس في مقابلة راس المال شفعة لرب المال
فلا تجب في البيع ايضًا قال اما البايع فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع
بها لقائل ان يقول نعم ان ملكه فيها باق الا انه في صدد الزوال حيث باعها
بشرط الخيار والشفعة انما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام الا ان
يقال بجعل طلبه نقضًا للبيع فيعود ملكه كما كان فتامل قال او صحاه
في البيوع اي جعلناه موضحًا فلا يرد على هذا الكلام شيء اقول الا ان
يكون بعوض مشروط ولانه بيع انتهاء لقائل ان يقول ان الهبة بشرط العوض
وان كانت بيعًا بالنظر الى انتهائه الا انه هبة بالنظر الى ابتدائه كما افصح
عنه نفسه في كتاب الهبة حيث قال ولنا انه اشتمل على جهتين فيجمع
بينهما ما امكن عملا بالشبهين انتهى ولا يخفى ان الشفعة وجبت في المبادلة
المطلقة التي ليس فيها جهة اخرى الا ترى انه لم تثبت الشفعة في القسمة
مع ما فيها من المبادلة وعلل المصنف ذلك بما فيها من معنى الافراز ايضًا حيث
قال واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة
فيها معنى الافراز وهو تمييز الحقوق وتعديل الانصباء ولهذا يجري فيها جبر
القاضي وفيها معنى المبادلة ايضًا والشفعة بخلاف القياس في المبادلة المطلقة
وهي المبادلة من كل وجه فيقتصر على مورده فلا يثبت في غيره انتهى فليتأمل في الجواب
قوله حتى اذا اسلما او اسلم احدهما قال كون هذه الصورة من صور انقلاب
العقد من الصحة الى الفساد ليس الا على راي بعض المشايخ على ما افصح عنه
المصنف رحمه الله قبيل باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله حيث قال وهذا الخلاف

ما اذا تبايعا الذميان خمرًا ثم اسلم احدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض
قوله اعترض عليه بانه لم لا يجوز ان لا يثبت المفسد في حق الشفيع
اقول مبنى هذا السؤال والجواب ان يكون المراد من لزوم تقرير الفساد
على تقدير اثبات حق الشفعة لزوم ثبوت المفسد في حق الشفيع ايضًا على
نهج ثبوته في حق المشتري وليس كذلك بل المراد انه لو اخذ الشفيع الدار
من يدي المشتري وتملكها بطريق الشفعة لكان يتقرر البيع الفاسد الجاري
بين البايع والمشتري وعقد آخر بين المشتري والشفيع ويكون
العقد الثاني سببًا لتقرر العقد الاول من جهة كونه مانعًا عن احتمال
فسخه بعد ان كان في عرضة الانفساخ والانتقاض فكون العقد الثاني
عاريًا عن المفسد لا يدفع كونه مقررًا للفساد من تلك الجهة ان قلت لا نم
انه يكون هناك عقدان على تقدير ثبوت حق الشفعة بل يكون عقد واحد
بين البايع والشفيع حيث يتحول الصفقة من المشتري الى الشفيع فيكون
الشفيع بمنزلة المشتري من البايع نفسه وينفسخ العقد الجاري بين
البايع والمشتري فاذا اخذ الشفيع عاريًا عن المفسد لا يكون هناك
تقرير الفساد بل يكون تبديل العقد الفاسد الى الصحيح قلت ذلك فيما
اذا لم يقبض المشتري الدار وما نحن فيه صورة القبض وفيها لا يتحول الصفقة
بل يكون البايع اجنبيًا فيكون الشفيع مشتريًا من المشتري وتجب العهدة
على المشتري كما سبق فتدبر قوله فلو اسقطنا العوض لفساد فيه رجع
البيع بلا ثمن قال الجد الفاضل رحمه الله تعالى فيه بحث اذ لا حاجة الى اسقاط
العوض بل يكفي اسقاط الشرط كما في شرط الخيار واعتبار قيمة مثل الخمر اعترض
بعض الاجلة حيث قال فيه هذا مبني لان شيئًا من اسقاط الشرط واعتبار
قيمة مثل الخمر في البيع الفاسد بدون اسقاط نفس العوض مما لا يتصور
اما الاول فلان اسقاط الشرط المفسد الراجع الى العوض في عقد
المتبايعين بالبيع الفاسد يستدعي اسقاط نفس العوض المعين في ذلك
العقد ضرورة انتفاء المشروط بانتفاء شرطه واما الثاني فعدم اسقاط ما يصلح

عوضا في مطلق البيع فغير مفيد لان الشفيع انما يستحق اخذ المشفوع بالثمن
الذي اخذ به المشتري الخ واما الثاني فلان اعتبار قيمة مثل الخمر في البيع
الواقع بين المسلمين غير ممكن لان مثل الخمر ليس بمال متقوم عند اهل الاسلام
الخ اقول لا نسلم ان اسقاط كل شرط مفسد راجع الى الثمن يستدعي اسقاط
الثمن المعين بان يكون انتفاء ذلك الشرط المفسد في اخذ الشفيع مخلا بالثمن
المعتبر شرعا الا يرى ان تاجيل الثمن الى زمن قدوم الحاج مثلا شرط مفسد
للبيع ولو جعل للشفيع في هذه الصورة حق الاخذ بذلك الثمن حالا لم يلزم
خلو البيع عن ذلك الثمن المعين فان الثمن الحال اذا كان في المقدار والجنس
متحدا مع الثمن الموجل لا يعد مغايرا له مغايرة مخلة لثبوت حق الشفعة
الا يرى انه اذا باع بيعا صحيحا بثمن موجل الى اجل معلوم يكون الشفيع
مخيرا بين ان ياخذ بعد حلول الاجل او حالا بثمن حال ولم يقل احد انه
يلزم ان ياخذ الا بالمثل ما اشترى به المشتري فتامل وما ذكره ثانيا منقوض ايضا
فان في بعض المسائل يجب على مسلم قيمة الخمر لمسلم كما اذا كاتب النصراني عبده
النصراني على مقدار معين ثم اسلما كما نص عليه المص في كتاب المكاتب فالوجه
الذي يعلم هناك قيمة الخمر فيما بين المسلمين كذلك يعلم ههنا فتامل قوله
كالماذون والمكاتب اذا بيعت بجنبه داره يعني اذا بيعت دار بجنب دار
المكاتب او الماذون وفيه بحث فان الكلام ههنا في ثبوت حق الشفعة
للشفيع بمجرد كون المشتري اخص بالمبيع تصرفا وان لم يدخل في ملكه فالذي
يناسب ان يذكر ههنا في مقام التمثيل هو وجوب الشفعة للشفيع فيما اذا
اشترى المكاتب او الماذون دارا بجنبه لا على ان الدار المشتراة لكونهما
رقيقين وانما يكونان اخص بالتصرف فيها ومع ذلك تثبت الشفعة
للشفيع باشترائهما لا وجوب الشفعة للمكاتب والماذون اذا بيعت
دار بجنب دارهما واشتراها رجل آخر فتامل قوله فان بقاء ذلك يمنع الشفيع
عن اخذ المشتراة بالشراء الفاسد لقائل ان يقول ان مدار ثبوت حق
الشفعة للشفيع على ما اسلفه الشارح نفسه ثبوت اعراض البائع عن ملكه

ورغبته

ورغبته عنه وانه انما ثبت حق الشفعة في البيع بشرط الخيار للمشتري لدلالته
على اعراضه عنه حتما لا فيه من التردد بابقاء الخيار لنفسه ولا يخفى ان البيع
الفاسد ايضا كذلك فان فيه يبقى للبائع حق الفسخ بل فيه امر زائد وهو
بقاء الود ايضا للمشتري مع كونهما مامورين من جهة الشرع بنقضه فلا ينافي
ثبوت حق الشفعة في الدار المشتراة بالشراء الفاسد لما فيه
من دلالة بقاء حق الفسخ على التردد في اعراض البائع عدم ثبوت حق الشفعة
في الدار المشتراة شراء صحيحا لصاحب الدار المشتراة بالشراء الفاسد اذ ليس فيه
دليل التردد في الاعراض فتامل الان فيه ما فيه قوله واجيب بان ذلك
بمجرد تعلق حق الفسخ وذلك لا يمنع عن الشفعة كقيام حق المرتهن اقول
لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان هذا القياس غير صحيح فان حق المرتهن
انما هو في حبس المرهون مع بقاء ملك الرقبة للراهن والشفعة مما يترتب
على ملك الرقبة لا اليد فلا يحتمل ان يكون تعلق حق المرتهن مانعا عن ثبوت
حق الشفعة بخلاف حق الفسخ الثابت للبائع في البيع الفاسد فان له
بذلك الحق ان يفسخ العقد عن اصله فيتملك الدار كما كان وانت خبير
بان ثبوت هذا الحق للبائع يخل بدوام الجوار الذي نيط عليه ثبوت حق
الشفعة على ما اشار اليه المص فيما سبق بقوله ولان الشفعة انما وجبت
لدفع ضرر سوء الجوار على التعدد والدوام الخ فتبصر قوله ولانها لو وجبت للجار
القاسم لكونه جارا بعد الافراز يعني انه كان شريكا قبل الافراز ولم يزل
بعد الافراز هذا المعنى بالكلية فانه بقي جارا بعده فلا يرد على هذا الكلام ما
ذكره بعض الاجلة بقوله فيه نظر لان كون المقاسم جارا بعد الافراز لا
يقتضي ثبوت حق الشفعة لان سبب استحقاق الشفعة ان لم يكن مقدما
على زوال الملك عن العقار المشفوع فلا اقل من كونه معه وهو متاخر
عنه ههنا حيث حصل الجوار بعد الافراز انتهى وهذا غريب جدا فان الجوار
ان حصل بعد الافراز فهو قبله كان شريكا له لا اجنبيا عنه وبالجملة ان المقاسم لم
يزل مقاسما من ان يكون شفيعا فانه كان اولا شريكا ثم صار جارا فيستحقه

باحدهما اليه قال الاتقاني ولانه لو وجبت وجبت للقاسم لانه شريك والشريك
اولى من الجار ولا يجوز ان يقوم الجار على الشريك يعني ان المبادلة صادفت
الشركة وان زالت الشركة بعد المبادلة ويؤيده ما ذكره الامام برهان الدين
في الفصل الثالث من كتاب الشفعة من محيطه حيث قال وان كانت الداران جميعا
بينهما نصفين باع كل منهما نصيبه من هذه الدار بنصيب صاحبه من الدار الاخرى
فلا شفعة للجيران ههنا لان كل واحد منهما شريك في الدار التي اشترى نصفها
اي صادف البيع الشركة وان زالت الشركة بالبيع فلا يرد ما ذكره بعض الاجلة
قوله وهو متعذر قلت لو لم يتعرض لقضية التعذر بل علل عدم وجوب
الشفعة للجيران بان يقول ان المقاسم شفيع للحصة التي وقع فيها المبادلة
بينه وبين شريكه والشفيع اذا اشترى الدار المشفوعة لا يكون لسائر
الشفعاء حق الشفعة لكان اولى واسلم عن ان يرد عليه ما ذكره بعض الاجلة
بقوله لا يلزم من عدم وجوب الشفعة للقاسم لاجل مانع يمنع عنه وهو
التعذر المذكور عدم وجوبها للجار الاخر الذي لم يتحقق في حقه ذلك المانع
قوله لانه يناقض قوله هناك ولا فرق بين القبض وعدمه اقول
لا وجه لتوهم المناقضة على تقدير حمل الكلام على ما حمله عليه هؤلاء الفضلة
الكرام فان معنى قوله فلا فرق في هذا بين القبض وعدمه انه لا فرق في
عدم ثبوت حق الشفعة بينهما ومناقضة قوله ومراده الرد بالعيب بعد القبض
لهذا القول على الوجه الذي ذهب اليه الشراح انما يتوهم ان لو كان مراده
من قوله مراده الرد بالعيب بعد القبض بيان وجود الشفعة في الرد بالعيب
بقضاء القاضي اذا كان قبل القبض وذلك ليس بمحتمل اصلا فان عبارة المص فيما
ذكره في معرض التعليل لا يتحمله قطعا حيث قال لان قبله فسخ من الاصل
وان كان بغير قضاء القاضي فانه انما يفيد عدم ثبوت الشفعة فيما قبل
القبض بطريق الاولوية لا ثبوتها والحق ان مراده من ذلك التقدير بيان
ان التقييد بقضاء القاضي انما يليق بما بعد القبض واما فيما قبله فعدم
الشفعة غير مقيد بالقضاء قال ولا تصح الرواية بالفتح عطفا على الشفعة

قلت ومن جملة الشواهد على ان الرواية بالكسر انه انما ذكر هذه المسألة في
الجامع الصغير في كتاب الشفعة فالمقام هناك مقام تفصيل احوال الشفعة
واذا كان الرواية بالكسر يرجع الى تفصيل احوال الشفعة فانه يكون بيانا
لعدم ثبوت الشفعة في القسمة ولعدم ثبوتها في الرد بخيار الرؤية بخلاف
ما اذا كان بالفتح حيث يرجع الى تفصيل احوال القسمة فانه يكون بيانا
لعدم ثبوت الشفعة في القسمة ولعدم ثبوت خيار الرؤية في القسمة
ولا يذهب عليك ان عدم ثبوت خيار الرؤية في القسمة مما لا مساس له
بكتاب الشفعة فيلزم ان يحمل على الاستطراد المحض باب ما تبطل به
الشفعة قوله وانما فسرنا بذلك لئلا يرد ما ذكر قبل هذا ان الاشهاد
ليس بشرط لازم اقول قد سبق منا في فصل طلب الشفعة والخصومة
فيها ان دفع التناقض بين كلامي المص لا يتوقف على هذا التكلف لامكان
ان يحمل قوله ان الاشهاد ليس بشرط لازم على عدم اشتراط الاشهاد
ويحمل ما ذكره ههنا من اشتراط ذلك على حال القدرة كما افصح عنه قوله
وهو يقدر عليه ويكون المراد على هذا التقدير من الطلب في قوله
لاعراضه عن الطلب هو الطلب المعهود المقارن بالاشهاد فيرتفع الفساد
والله ولي الرشاد قوله ويعضده قول المص قبل والمراد بقوله
في الكتاب اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة قال بعض
الاجلة هذا غير صحيح اذ لا يذهب على ذي مسكة ان مراد المص هناك
بقوله في الكتاب اشهد طلب المواثبة اذ لو كان كذلك لكان معنى
ما في الكتاب طلب في مجلسه ذلك على طلب المواثبة الخ اقول المعنى
الذي حمل عليه كلام المص محمل صحيح لا باس به الا ان الاحتمال الذي ظنه
انه كلام الشارح مبني عليه فليس مما يخطر ببال العاقل فضلا عن ان يحمل
عليه كلام الشارح الفاضل بل الحق ان المعنى الذي حمل الشارح كلام المص
عليه محمله ما عدا ما ادعاه ههنا هو ان يكون المراد من مجموع قوله
اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة بان يكون الاشهاد على الطلب

كناية عن الطلب بنفسه لا ان يكون لفظ اشهد وحده بمعنى طلب فتامل
قوله اما بطلان الشفعة فلان حق الشفعة اقول جعل الشق
الاول من التعليل تعليلا للشق الاول من المدعى والثاني للثاني ليكون نشرا
على ترتيب اللف فاختل المعنى كما ترى ولم يدر ان معنى مراد المصنف بذكر دليل
المتاخر مقدما اعني الملايم اغماض الجانبين بالملايم لانه لا يمكن ان يراد
بالجواز الجواز الشرعي فان الشرط الجائز يتعلق به المشروط شرعا ولا يوجد
بدونه والكلام ههنا في ان اسقاط الشفعة لا يتعلق بشرط جائز ايضا
فوجب حمل الجواز على الملايمة قال وكذا لو باع شفعته بمال اي بطل الشفعة
ويرد العوض والمراد من قوله لما بيناه مجموع ما ذكره بقوله لان حق
الشفعة الخ واما ما ذهب اليه صاحب العناية من انه يراد مجرد بطلان
الشفعة حيث قال وكذا لو باع شفعته يعني انها تبطل فلا وجه له اصلا
قال الجد الفاضل رحمه الله تعالى انت تعلم ان ما بينه لا يفي بتمام المدعى ههنا
اذ لا اسقاط في البيع فلا بد من ملاحظة مقدمة اخرى اجاب عنه بعض
الاجلة حيث قال نعم لا اسقاط في البيع الحقيقي واما نحن فيه وهو بيع
الشفعة بالفلس بيع حقيقة الخ اقول جاز ان يكون مراد الجد الفاضل
من المقدمة التي اشار الى وجوب ملاحظتها عدم كون هذا البيع حقيقيا
قال بخلاف القصاص لانه حق متقرر لا يذهب على مسالة انه فصل
بين حق القصاص وبين الطلاق والعتاق بذكره وحده وتعليل جواز
الاعتياض عنه بكونه حقا متقررا ثم عطفهما عليه وتعليل جواز الاعتياض
عنهما بكون الاعتياض عن الملك في المحل اعلى انه لا ملك في المحل في القصاص
بل انما هو مجرد حق القتل نهاية الامر انه متقرر وغير متزلزل فلا تخالف
بين ما ذكره المص في هذا المقام وبين ما ذكره في الجنايات حيث قال واذا قطع
واحد يميني رجلين فحضرا فلهما ان يقطعا يمينه وياخذا منه نصف الدية
سوا قطعهما الاخف لليد استحقاق الاول فلا يثبت الاستحقاق معا
او على التعاقب وقال الشافعي في التعاقب يقطع بالاول وفي القران يقع

لانف

لانه في اليد استحقاق الاول فلا يثبت الاستحقاق فيها للثاني كالرهن
بعد الرهن ولنا انهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان في حكمه
كالغريمين في التركة والقصاص ملك الفعل يثبت مع المنافي فلا يظهر الا في حق
الاستيفاء اما المحل فخلو عنه فلا يمنع عنه الثاني بخلاف الرهن لانه
الحق في المحل انتهى فانا سلمنا ان مراد المص من قوله ههنا في حق القصاص
لانه حق متقرر انه حق متقرر في المحل الا ان مراد المص من قوله اما المحل
خلو عنه عن الملك لا خلوه عن حق القصاص على ما افصح عنه صاحب العناية
حيث قال عنه اي عن الملك وبحمل الحق في قوله بخلاف الرهن لانه الحق
في المحل على الملك فان الرهن مملوك للمرتهن يدا وان لم يكن مملوكا له رقبة
فيضمحل ما توهمه الدهلوي قوله والخلاف بين المتقرر وغيره اقول
لا وجه لما ذكره اصلا والحق عندي ان المراد بالحق المتقرر والمستقر المستحكم
الذي لا يسرع اليه عرضة الفوات كحق الشفعة فانه على ما سبق متزلزل وهذا
يتوقف على طلب المواثبة والاشهاد ويزول بادنى مشاقة الاعراض
قوله وهو فعل لا يصح الاعتياض عنه اقول ان القصاص ايضا
فعل مبني على ما افصح عنه المص في كتاب الجنايات على ما نقلناه عنه انفا حيث
قال والقصاص ملك الفعل ومع ذلك يصح الاعتياض عنه قال واذا مات
الشفيع بطلت شفعته قلت ووجه ذلك عندي هو انه قد ذكرنا فيما سبق
ان كلا من الجارين يتضرر من الاخر وانما تثبت الشفعة لاحدهما قبل البيع
لافضائه الى التحكم لان كلا منهما اصيل في خطته واذا باع احدهما وانتقل
ملكه الى المشتري ترجح الجار الاخر لقدمه واصالته على المشتري وفي
صورة موت الشفيع لا يوجد هذا المعنى في الوارث فان ملكه ليس
باقدم من الشفيع بل الامر بالعكس فان المفروض موت الشفيع بعد البيع على ما يجيء
فلا يثبت حق الشفعة للوارث قوله اذا طلب الشفيع الشفعة واثبتها
فطلبين اقول الظاهر ان هذا الخلاف يجري فيما اذا سمع الشفيع
البيع لكنه مات قبل تمكنه من الطلبين او مات قبل سماعه البيع قوله

سواء كانت مما يعوض عنها ام لم يكن الى الحقوق اللازمة على قسمين قسم يصح
اخذ العوض في مقابلته كالقصاص فانه مما يصح اخذ العوض عنه شرعا على ما هو
المشهور وقد افصح عنه المص بقوله واذا اصطلح القاتل واولياء القتيل على مال
يسقط القصاص ووجب المال وقسم ليس كذلك كحق الشفعة على ما افصح عنه
المص قبل السطر بقوله وان صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض
وكذا الكفالة بالنفس **قوله** فلان الشفعة بالملك وقد زال الملك **اقول**
هذا شرح لا يوافق المشروح فان المص ذكر دليلا من جانبنا في هذه المسئلة
من وجهين اشار اولا الى احدهما بقوله وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط
وقد مر في البيوع فان هذا القول يتضمن الاشارة الى الدليل المذكور هناك
بقوله ولنا ان الخيار ليس الا مشية وارادة فلا يتصور انتقاله والارث
فيما يقبل الانتقال انتهى وبهذا الاعتبار عطف على قوله المذكور الوجه الثاني
من وجهي الدليل حيث قال ولانه يزول ملكه الخ وكان هذا الشارح لم يهتد
الى كون القول المذكور متضمنا لما ذكرنا من الدليل فزعم ان الدليل المذكور
من قبلنا هو قوله ولانه بالموت يزول ملكه فبدأ بذكره اللهم الا ان لا
يكون في نسخته واو **قال** ولانه يزول ملكه عن داره معنى هذا الكلام
على ما سنح به البال والله تعالى اعلم بحقيقة الحال هو ان ملك الشفيع
زال بالموت وثبت الملك للوارث بعد البيع وشرط الشفعة تحقق مجموع
امرين قيام الملك حال البيع وبقاؤه الى حال القضاء فقد انتفى بالنسبة الى
الشفيع نفسه احد الامرين المذكورين وهو البقاء الى حال القضاء حيث زال
ملكه بالموت قبل القضاء وفي حق الوارث الامر الآخر وهو قيام الملك حال
البيع اذ المفروض موت الشفيع بعد البيع فلم يكن بحال الا ان يثبت للوارث
شفعة لا بسبب ملك مورثه ولا بسبب ملك نفسه وعلى هذا المعنى
يكون قول المص قيامه وقت البيع لانتفاء احد الامرين في حق الوارث
وقوله وبقاؤه للشفيع الى وقت القضاء بيانا لانتفاء الامر الآخر في حق
الشفيع نفسه والمفهوم من كلام صاحب العناية عدم تفطنه بهذا المعنى

حيث

حيث جعل مجموع قوله وقيامه الى وقت البيع وبقاؤه للشفيع الى وقت
القضاء شرطا دليلا لعدم اعتبار الملك الحادث للوارث فقال والذي يثبت
للوارث حادث بعد البيع وهو غير معتبر لانتفاء شرطه وهو قيامه وقت
البيع وبقاؤه الى وقت القضاء **قال** وبقاؤه للشفيع الى وقت القضاء
اقول اصاب في المعنى واعترض بقوله قيامه وقت البيع والقضاء
شرط مع كونه اخصر بناء على ان مجرد قيام الملك للشفيع في وقت البيع
وفي وقت القضاء غير كاف بل لا بد من ان يكون ثابتا وقت البيع وباقيا
من ذلك الوقت الى وقت القضاء من غير تخلل الزوال اصلا حتى ان الشفيع
اذا باع داره التي يشفع بها بعد بيع الدار المشفوعة ثم رجعت الى ملكه تلك الدار
فوجد في ملكه وقت الخصومة لا يثبت له حق الشفعة على ما افصح عنه
الامام برهان الدين في محيطه حيث قال واذا باع الشفيع داره التي يشفع
بها بعد شراء المشتري وهو يعلم بالشراء او لم يعلم بطلت شفعته لان الا
ستحقاق بالجوار وقد زال الجوار قبل الاخذ فبطل الحق فان رجعت
الى ملكه بقضاء او بغير قضاء او بخيار رؤية او بخيار شرط فليس له ان
ياخذ بالشفعة لان الحق متى بطل لا يعود الا بسبب جديد **قال** وكذا
بزواله وان لم يعلم اي وكذا بطلان الشفعة في هذه الصورة لزوال
سبب الاستحقاق لا للاعراض عن الشفعة وان لم يعلم الشفيع
البيع يعني ان اسباب زوال الشفعة عن الشفيع على ضربين ضرب يكون فيه
لدلالته على الاعراض والتسليم وفي ذلك يكون الزوال مشروطا بالعلم
لتوقف دلالته على الاعراض على ذلك كالمساومة والاستيجار وامثالها
وقسم يكون لزوال السبب وذلك لا يتوقف على العلم واما ما ذهب اليه
صاحب العناية من ان يكون هذا اشارة الى كون زوال السبب مبطلا فليس
بذلك فانه كون زوال السبب مبطلا لا يقتضي عدم الفرق بين العلم
وعدمه وكم من مبطل فرق فيه بينهما كالمساومة والاستيجار **قوله**
كوكيل المشتري **قلت** وكذا المشتري نفسه فانه اذا كان المشتري

شفيعًا للدار المشتراة بمعنى الشفعة بمعنى انه اذا كان للدار شفيع اخر فان
كان ادنى من المشتري سقط به وان كان مساويا له تناصفا على نهج ما ذكروا
في الموكل بالشراء **قال** لانه يسعى في نقض ما تم من جهته وهو البيع لما بل
ان يقول هذا المعنى موجود في صورة الشراء ايضا فان وكيل المشتري هو الذي
ادخل الدار في ملك المشتري ثم اذا اخذها بالشفعة يكون ساعيا لنقض ما تم
من جهته واما ان البيع سالب للملك من البيع فهو دليل الاعراض وان كان
بالوكالة والشراء جالب للملك فيه فهو دليل الرغبة والطلب وان كان
بالوكالة فذلك امر اخر غير قضية السعي في نقض ما تم جهته ففي كلام المص
خلط ظاهر لابد من التامل في وجهه وفيه شيء اخر وهو انه يقال ان الوكالة
بالبيع اذا كانت مانعا للشفعة سواء كانت لدلالته على الاعراض او لما فيه
من السعي في نقض ما تم من جهته كان ينبغي ان يكون الشراء بالوكالة ايضا
كذلك فان الوكيل بالشراء كالبايع من الموكل حيث ينعقد بينهما مبادلة حكمية
على ما افصح عنه المص في كتاب الوكالة وقبيل فصل الاختلاف من هذا الكتاب
فتامل قال في النهاية ولان البيع تمليك المبيع من الغير والاخذ بالشفعة
تملك ولو ثبت الاخذ بالشفعة يصير مملكا ومتملكا في عين واحدة في حالة
واحدة وذلك لا يجوز لان بينهما تنافيا **اقول** فيه بحث فان ثبوت حق
الشفعة للشفيع بعد البيع على ما افصح عنه المص فيما سبق حيث قال والشفعة
تجب بعقد البيع معناه بعده ولا ريب في ان الاخذ بالشفعة بعد ثبوت حق
الشفعة فيكون الاخذ بالشفعة بعد ما بعد البيع فكيف يكون التمليك والتملك
في حالة واحدة اللهم الا ان يكون مراده ان اخذ الشفيع اذا كان قبل قبض
المشتري يكون شراؤه من البايع الاول لا من المشتري ح لا ينفسخ البيع
الاول الا في حق الاضافة الى المشتري على ما تقرر فيما سبق فاذا اخذ
الوكيل بالبيع الدار المشفوعة قبل قبض المشتري يكون في ذلك البيع
مملكا ومتملكا في عقد واحد فاذا دل هذا المعنى على امتناع اخذ الوكيل
بالبيع في هذه الصورة دل على امتناعه في غيرها ايضا اذ لا قائل بالفصل

قوله لو ضمن المشتري الدرك رجلا اي اخذ المشتري ضمينا للدرك وكفيلا له
وانما لم يسند الكفالة والضمان الى الكفيل بل تعرض لاخذ المشتري اياه
كفيلا ليظهر كونه اتمام عقد البيع من جهة ذلك الكفيل حيث لو لم يكن
ذلك الرجل كفيلا لما كان لا يثبت العقد على ما يفصح عنه قوله لان تمام البيع
انما كان من جهته حيث لم يرض المشتري الا بضمانه ولا يخفى ان هذا المعنى
لا يوجد فيما اذا ضمن الدرك بلا طلب من جانب المشتري الا ان كلام المص
ساكت عن هذا القيد فلا بد من المراجعة الى المطولات **قال**
قيمتها الف او اكثر انما ذكر هذا القيد فما عسى يتوهم ان بطلان التسليم
في صورة ظهور كون البيع بالحنطة او الشعير مخصوص بما اذا كانت
قيمتها اقل من الالف قياسا على الصورة الاولى فلو سكت عن هذا القيد
لكان يحمل الكلام على صورة القلة واما عند ذكره فيفهم حال صورة الاقلية
بطريق الاولوية فاندفع ما ذكره الجد الفاضل بقوله فالاولى هو
الاطلاق **قوله** وفيه نظر سيأتي **اقول** اراد به ما ذكره فيما يجيء
بقوله وهذا كما ترى يناقض الخ **قوله** ومبادلة احدهما بالاخر متيسرة
عادة انما ذكر هذا دفعا لما يقال ان ظهور كون البيع بخلاف جنس ما سمع
الشفيع ببيعها به انما كان سببا لبطلان التسليم لاحتمال ان يتعذر عليه
الجنس الذي بلغه ويتيسر ما بيع به وهذا المعنى موجود في الدراهم والدنانير
ايضا اذ قد يوجد في بعض الناس الدرهم ولا يوجد فيه الدينار واتحادهما
في الثمنية لا يجدي في هذا المقام شيئا وهذا كما ترى يناقض قول المص
فيما تقدم قال الجد الفاضل رحمه الله تع وانت خبير بفرق ما بين شرط
وشرط فما سبق كان من الشروط التي تدل على الاعراض عن الشفعة والرضا
بالجوار مطلقا بخلاف ما ذكره هاهنا فانه اذا لم يتيسر للشفيع اداء ما اشترى
به الدار لم يدل تسليمه على الاعراض اذ لا قدرة له على اخذه وكذا تسليمه
لزيد لا يدل على الرضا بجوار عمرو انتهى **اقول** قوله اذا لم يتيسر للشفيع
اداء ما اشترى الدار لدفع الاشكال عن الصورة التي اشار الشارح فيها الى

ورود النظر بقوله وفيه نظر سيأتي فان تلك الصورة صورة بناء التسليم
على كون الثمن الفا وقوله وكذا تسليمه لا يرد فيها الاشكال عن الصورة
التي نحن فيها وهي صورة بناء التسليم على ان الشراء لنفس المخاطب ثم اقول
ان الجواب غير تام كما لا يخفى على اولي الافهام فصل قوله لا احتمال ان
يكون الجار فاسقا الخ توجيه لذكر حيل اسقاط الشفعة في هذا الكتاب
وحمله على محل الصلاح قوله واستحقاق الشفيع الجزء الاول اقول
دفع لما عسى يتوهم وهو ان يقال ان المشتري لما اشترى الجزء الاول
استحقه الشفيع بمقتضى جواره وابطل شفعة المشتري لبقية الدار
فحين ما بيع بقية الدار صار الشفيع احق بها وحاصل الجواب ان الاستحقاق
غير التملك والمبطل للشفعة هو التملك لا الاستحقاق فلما كان المشتري
مالكا للسهم الاول حين بيع البقية لا تبطل شفعته استحقاق الشفيع
لذلك الجزء قوله قبل الخصومة اقول الظاهر انه متعلق بقوله
لا يبطل وان المراد بالخصومة الخصومة والاخذ فالحاصل ان استحقاق
الشفيع للجزء الاول لا يبطل قبل خصومة الشفيع واخذه لذلك الجزء
بمقتضى شفعته شفعة المشتري في الجزء الباقي قال تقريره اذا
اراد ان يبيع الدار بعشرة آلاف درهم اعترض عليه الجد الفاضل حيث
قال انت خبير بان ما ذكره ليس تقرير ما في الكتاب بل ذلك تقرير حيلة
اخرى يعم الجار والشريك على ما ذكره الزيلعي وتقرير ما في الكتاب ان يدفع
اليه بدل الدراهم الثمن والدنانير بمقدار قيمة العقار الخ وحذى بعض
الاجلة حذوه اقول انما اورداه على هذا الشارح في تقرير هذه الحيلة
يرد بعينه على ما ذكره الاتقاني في تقرير الحيلة السابقة وهي ما ذكره
المص بقوله وان ابتاعها بثمن ثم دفع اليه ثوبا الخ حيث قال في تقريرها
بيان ذلك في شرح الطحاوي بقوله وحيلة اخرى ان يبيع الدار
باكثر من قيمتها بمعنى ان يبيع ما يساوي الفا بالفين وينقده من الثمن الف
درهم الا عشرة دراهم ثم يبيع بالف وعشرة عرضا يساوي عشرة دراهم فحصلت

للمشتري بالفي درهم في الحاصل ولكن الشفيع لا يأخذها الا بالفي درهم الخ
والظاهر ان ما ذكره المص هو ان تباع الدار باضعاف قيمته ثم يعطي مكان
الثمن بكله عرض قيمته مثل قيمة الدار لا انه يعطي بعض الثمن دراهم ويعطي
بمقابلة البعض ذلك العرض ثم اقول يمكن ان يقال في توجيه ما ذهب
اليه الاتقاني من حمل اعطا العرض على اعطائه بمقابلة بعض الثمن لا كله
ان الظاهر ان يكون مراد بايع الدار بالدراهم الوصول الى الدراهم لا
حتياجه اليها فلو فرض اخذه بمقابلة جميع الثمن الذي هو الدراهم
عرضا لاسقاط الشفعة لكان يلزمه مؤنة اخرى في بيع ذلك العرض
بالدراهم ففي التصوير الذي ذكره مندوحة عن تلك المؤنة مع حصول
المقصود ويمكن ان يجاب بهذا عما اورداه على الشارح فان الدراهم
والدنانير جنسان متغايران في الحقيقة وان كانت مبادلة احديهما
بالاخرى متيسرة عادة على ما ذكره الشارح فيما سبق قوله والثاني
مختلف فيه اعترض عليه بعض الاجلة حيث قال اما ان يراد بالاجماع
والثاني يختلف فيه اجماع المجتهدين واختلافهم في نفس المسئلة
او يراد اجماع المشايخ واختلافهم في الرواية واياما كان لا يخلو التقرير
المذكور عن الاضطراب اما على الاول فلان القطع بكون الثاني مختلفا
فيه لا يكون تاما لان الاختلاف الاجتهادي انما كان على قول بعض
المشايخ اقول نختار هذا الاحتمال ونقول قد اشار الشارح ايضا
الى كون اختلاف الاجتهاد فيه على قول بعض المشايخ بقوله فيما سيجيء
ومنهم من قال لا يكره الحيلة بالاختلاف واما قوله والثاني مختلف فيه
ليس مراده منه دعوى القطع في ذلك بل مراده الاشارة الى ترجيح هذه
الرواية كما يقال قال ابو حنيفة كذا وعنه انه كذا فتامل مسائل
متفرقة قوله والشفعة شرعت لدفع ضرر الدخيل فلا تشرع على وجه
يتضرر به الدخيل اقول في هذا التعبير ايهام ان تكون الشفعة
مشروعة لدفع الضرر عن الدخيل وليس كذلك بل هي لدفع ضرر الدخيل

عن الاصيل فتدبر قوله فتفرق عليه الشفعة فيه بحث فان المفروض
ان البايع باع داره من اثنين فالعقد وقع متفرقا في الاصل فنهاية الامر ان الشفيع
اذا اخذ نصيب احدهما يقوم مقام احد المشتريين فلا يكون في ذلك الاخذ
تفريق الشفعة اصلا هذا واما ماذكره المجد الفاضل بقوله قلت جوابه
ان له ان يحبس الجميع الى ان يستوفي جميع الثمن فلا يؤدي الى تفريق اليد
ففيه ان الكلام في تفريق الصفقة لا في تفريق اليد فتامل قوله فان
العقد ما وقع مع الذي قاسم يعني ان عقد الشراء في هذه الصورة ما وقع
للمشتري مع الشريك الذي قاسم حيث اشترى ثم قاسم مع الشريك الآخر
الساكت واليه اشار بقوله فانه اي الاقتسام لم يجر بين المتعاقدين
اي المشتري والبايع بل جرى بين المشتري وشريك البايع هذا هو المعنى
الصحيح واما ما ذهب اليه المجد الفاضل من تفسير المتعاقدين بالمتقاسمين
فالعله لا حاجة اليه قوله فان ترك هو الطلب مع الامكان او سلم
بعد الطلب عكس الشارح ترتيب الاصل حيث قدم ترك الطلب على التسليم
بعد الطلب نظرا الى ان ترك الطلب مقدم في الوجود على تسليم الشفعة بعد
ثبوتها بالطلب قوله لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم يرد عليه
ان القياس غير صحيح لان عدم تملكه الاخذ لما فيه من اضرار الصبي حيث فرض
انه تمحض ضررا ولا يخفى ان هذا المعنى غير موجود في التسليم فان فيه دفعا
للضرر عنه ولا يلزم من عدم قدرة الوصي على اضرار الصبي عدم قدرته على
دفع الضرر عنه فتامل كتاب القسمة قوله
فان احد الشريكين اذا اراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة
اقول الاولى ان يقول اذا اراد الافتراق مع بقاء ملكه فطلب القسمة
وجبت القسمة لانه انسب بقوله وهو عدم باع ووجب عليه الشفعة
قوله لان بقاء ما كان على ما كان اصل قال المجد الفاضل او بقال قدم
الشفعة لعمومها الشركة والجوار اقول هذا ليس بشيء فانه كما ان الشفعة
تعم الشركة والجوار دون القسمة فانها تختص صورة الشركة كذلك القسمة

تعم العقار وانواع المنقولات من المكيلات والموزونات والمذروعات وامثالها
بخلاف الشفعة فانها تعم العقار كما حقق ذلك فيما سبق ثم اقول لا حاجة
ههنا الى بيان وجه مستقل لتقديم الشفعة على القسمة فان ما بين في صدر
كتاب الشفعة من وجه مناسبة الشفعة بالغصب كاف في التقديم كما لا يخفى
على الذهن السليم ويمكن ان يقال في وجه المناسبة ان الشفعة انما تجب
بجميع انواعها شرعت في المبادلة المالية المقصودة على ما سبق والقسمة
لا تعرى عن معنى المبادلة الا انه اخرت القسمة لان فيها معنى الافراز ايضا
فصار بمنزلة المركب من المفرد فتدبر قال في النهاية ومعراج الدراية
بعد ذكر الوجه المذكور اولان القسمة نافية للشفعة قاطعة لوجوبها
رجوعا الى قوله عليه الصلوة والسلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود
وصرفت الطرق فلا شفعة والنفي يقتضي سبق الثبوت فكانت بين
الشفعة والقسمة مناسبة التضاد والمتضادان يفترقان ابدا مع تقدم
المثبت على المنفي كما في الامر والنهي والنكاح والطلاق انتهى اعترض عليه
بعض الاجلة حيث قال فيه بحث لان كون القسمة نافية للشفعة قاطعة
لوجوبها رجوعا الى قوله عم انما يمشي على اصل الشافعي فانه لم يجوز الشفعة
بالجوار ايضا استدلالا عليه بالحديث المذكور واما على اصل ايمتنا فلا لانهم
جوزوا الشفعة بالجوار ايضا واستدلوا عليه باحاديث اخرى واجابوا
عن استدلاله بالحديث المذكور فما معنى بناء وجه المناسبة ههنا
على ما هو المزيف هناك ثم ان القول بان النفي يقتضي سبق الثبوت ينافي
ما تقرر في المعقولات من ان السالب لا يقتضي وجود الموضوع وان القول
بان المتضادين يفترقان ابدا مع تقدم المثبت على المنفي ممنوع الا ترى الى قوله
تعالى وجعل الظلمات والنور وقوله تعالى خالق الموت والحيوة ونحو ذلك
كيف يقدم المنفي هناك على المثبت انتهى اقول ما ذكره اولا ظاهر الورود
وغاية ما امكن ان يصار اليه في الجواب عنه انه تذكر فيما سبق الجواب
عن استدلالهم بالحديث الكريم ان المراد نفي الشفعة الحاصلة بالشركة

قال الدهلوي نقلا عن المحاكي هناك واخر الحديث وهو قوله فاذا وقعت
الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ليس بثابت ولين ثبت فالمراد نفي
الشفعة الثابتة بسبب الشركة انتهى ولا يخفى ان الوجه المذكور يمشي
على هذا الجواب فان القسمة يكون نافية لاحد اقسام الشفعة قاطعة
لوجوده ويكفي به وجها للمناسبة وبعبارة اخرى في الجواب ان الامور المذكورة
في وجوه التقديم والتاخير لا يجب ان يكون امورا محققة ثابتة في نفس
الامر بل يكفي فيها الوجوه الخطابية والمناسبات الشرعية الخالية فمرادها
من الوجه المذكور ان النظر الى هذا الحديث الكريم مع قطع النظر عن ثبوته
بجميع اجزائه ودلالته القطعية على المراد يقتضي المناسبة
المذكورة فتامل واما ما ذكره ثانيا وثالثا فلا وجه له اصلا لان مرادهما
ان النافي للشيء بمعنى المعدم له عدما لاحقا يناسب ان يذكر بعده ليناسب
الوضع الطبع وان هذا هو القياس المطرد الذي لا يعدل عنه الا لمقتضي
وما ذكره من ان السالبة لا تقتضي وجود الموضوع لا تعلق له بما نحن فيه
اصلا وما ذكره من تقدم النفي في المثالين لنكتة اقتضت العدول عن الاصل
المقيس عليه على ما خرج من عهدته ائمة التفسير على ان كون المراد من الموت
في المثال المذكور في قوله تعالى كيف تكفرون بالله وكنتم امواتا فاحياكم
الاية فلا يكون مما نحن فيه **قوله** وشرطها ان لا يفوت منفعة
بالقسمة **اقول** فيه بحث فان كون ما ذكر شرطا لمطلق القسمة ممنوع
لما سيجيء من جواز القسمة فيما يفوت بقسمتها منفعة بالتراضي الا ان
يراد اشتراطا لقسمة الجبرية **قال** ومعنى المبادلة هو الظاهر في
الحيوانات والعروض الخ اعترض عليه بعض الاجلة حيث قال ههنا اشكال
وهو انه قد علم مما ذكر انفا في الكتاب وغيره ان القسمة لا تعرى عن معنى
المبادلة والافراز في جميع الصور سواء كانت في ذوات الامثال او في غير
ذوات الامثال لانه ما من جزء معين الا وهو مشتمل على النصيبين فما ياخذه
كل واحد منهما بعضه كان ملكه لم يستفده من صاحبه وبعضه الاخر كان

لصاحبه

لصاحبه فصار له عوضا عما بقي من حقه في يد صاحبه فكانت القسمة في كل
صورة بالنظر الى البعض الذي كان ملكه افرازا وبالنظر الى البعض الاخر
مبادلة فاذا كان كذلك فكون معنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات
الامثال كالحيوانات والعروض غير واضح **اقول** يمكن الجواب عما ذكره
بان يقال لا يخفى تاثير القسمة ليس الا في النصف الحاصل له عوضا عما بقي
من حقه في يد صاحبه لانه هو الذي ملكه بالقسمة اذ النصف الذي
لم يستفده من صاحبه فهو باق على ملكه من زمن الشيوع الى ما بعد القسمة
لم يتغير حاله اصلا فاذا كانت القسمة في النصف المستفاد من الشريك
الاخر مبادلة محضة غير مشوبة برائحة الافراز في غير ذوات الامثال
صح ان يقال ان معنى المبادلة ظاهر في تلك القسمة وهذا ظاهر جدا
ثم قال ذلك الفاضل الجليل من الحيوانات والعروض للتفاوت بقي
ههنا كلام وهو انه لو كان معنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات
الامثال لكان يجب ان لا يجوز قسمة الوقف من العقار وامثاله مع انه
يجوز على راي ابي يوسف كما نص عليه في المعتبرات والجواب عن هذا
ما اشار اليه المص في كتاب الوقف حيث قال واذا صح الوقف لم يجز
بيعه وتمليكه الا ان يكون مشاعا عند ابي يوسف فيطلب الشريك فيصح
مقاسمته اما امتناع التمليك فلما بينا واما جواز القسمة فلانها تمييز
وافراز غاية الامر ان الغالب في غير المكيل والموزون معنى المبادلة الا
ان في الوقف جعلنا الغالب معنى الافراز نظرا للوقف الخ فتامل ثم
انه ذكر صاحب النهاية وجها ابسط مما ذكر في العناية لظهور معنى
المبادلة في غير ذوات الامثال كلها وبه صرح في المغني وغيره
فقال في المغني واما القسمة في غير ذوات الامثال فشبه المبادلة فيها
راجح لانها افراز حكما من وجه ومن حيث الحقيقة هي مبادلة من كل وجه
اما الحقيقة فظاهر واما الحكم فلان نصف ما ياخذه كل واحد منهما مثل
ما ترك على صاحبه باعتبار القيمة واخذ المثل كاخذ العين حكما فكان

افرازا الا ان ما ياخذ كل واحد منهما ليس عين ما ترك على صاحبه بيقين لان
المقسوم ليس من ذوات الامثال وفيما ليس من ذوات الامثال لا تثبت المعادلة
بيقين فالافراز مع المبادلة استويا في الحكم ثم ترجحت المبادلة بالحقيقة
اعترض عليه ايضا بعض الاجلة حيث قال اقول لا يذهب عليك ان الاشكال
الذي يتجه عليه مع زيادة لانه انما يدل على تحقق رجحان معنى المبادلة فيما
ياخذه كل واحد منهما من نصيب صاحبه عوضا عما ترك على صاحبه من حق نفسه
لا على تحقق رجحان ذلك في المقسوم كله **اقول** لا نسلم توجه ورود ما ذكره
على هذا فضلا على الزيادة لان لنا ان نقول ان ما اعتبر في مضمونه لا يدل على
تحقق رجحان معنى المبادلة فيما ياخذه كل واحد منهما عوضا من نصيب صاحبه كاف
في تمام المرام لجواز ان يكون مبنى نظر صاحب المعنى على ان النصيب المستفاد با
لقسمة هو النصيب الذي اخذه كل من الشريكين المتقاسمين عوضا من نصيب
صاحبه على ما اسلفنا والعبرة في ظهور معنى المبادلة على معنى الافراز كاف
في القول بظهور معنى المبادلة في تلك القسمة وانما كان يتوهم ورود ما ذكره
على الوجه المذكور في الهداية والعناية لكون المفهوم من مساق
تقريرهما كون العبرة بمجموع النصيبين حيث قيل فيهما لان ما يجتمع لاحدهما
بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه فهو ياخذه عوضا عما بقي من حقه
في نصيب صاحبه فكان مبادلة وافرازا فتامل **قال** لان فيه معنى
الافراز لتقارب المقاصد والمبادلة مما يجري فيه الجبر قال صاحب العناية
وغيره لما استشعر ان يقال لو كان معنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات
والعروض لما اجبر الآبي على القسمة في ذلك اجاب بقوله الا انها اعترض عليه
بعض الاجلة حيث قال ههنا ايضا اشكال وهو انه ان اريد بقوله لان
فيه معنى الافراز ان فيه معنى الافراز بالنظر الى النصيب الذي ياخذه
احد الشركاء لعين حقه فلا يجدي نفعا في دفع السؤال اذ يبقى الكلام
حينئذ في الاجبار على احد النصيب الآخر الذي يتحقق معنى المبادلة با
لنظر اليه الخ **اقول** نختار هذا الشق ونقول يندفع هذا الكلام

الباقي بقوله والمبادلة مما يجري فيه الجبر فالمجموع قوله لان فيه معنى
الافراز لتقارب المقاصد والمبادلة مما يجري فيه الجبر ويؤل الجواب الى ان
في تلك القسمة نصيبين النصيب الذي ياخذه لعين حقه وهو بالنظر اليه
افراز وجواز الجبر في الافراز ظاهر والنصيب الذي كان لصاحبه وهو
بالنظر اليه مبادلة والمبادلة ايضا مما يجري فيه الجبر فلا ورود لما ذكره
اصلا وانما يبقى الكلام في تعليل وجود معنى الافراز في تلك القسمة بتقارب
المقاصد مع ان وجود معنى الافراز بالنظر الى النصيب الذي ياخذه لعين حقه
يوجد في صورة اختلاف الجنس ايضا مع عدم تقارب المقاصد ويمكن
ان يقال انه في صورة اختلاف الجنس من غير ذوات الامثال وان كان يوجد
الافراز في الحقيقة بالنظر الى النصيب الذي ياخذه بعين حقه الا ان
ظهور معنى المبادلة فيها بالنظر الى النصيب المستفاد من صاحبه لما كان ظهورا بينا
لانضمام التفاوت بين احاده من جهة اختلاف الجنس الى التفاوت
الحاصل من كونه من غير ذوات الامثال يضمحل معنى الافراز بجنبه بحيث يصير
بمنزلة المعدوم بخلاف صورة اتحاد الجنس فان فيها لا يصل ظهور معنى المبادلة
الى تلك الغاية لان التفاوت الحاصل من اتحاد الجنس فلا يصير معنى الافراز
بمنزلة المعدوم وان كان معنى المبادلة ظاهرا فهذا هو المراد من تعليل
وجود معنى الافراز فيه بتقارب المقاصد فعلى هذا يكون قوله لان فيه
معنى الافراز لتقارب المقاصد دليلا واحدا على المراد وقوله والمبادلة
مما يجري فيها الجبر دليلا اخر مستقلا فتامل **قوله** فان المديون يجبر
على القضاء والديون تقضى بامثالها **اقول** حاصل مراده من جريان الجبر
في المبادلة في قضاء الديون على ان هذه المبادلة مما لا حاجة اليه بل الظاهر
ان مراده منه ان المديون يجبر على بيع امواله ويجلس الحاكم يبيعه في
دينه ابقاء لحق الغرماء ودفعا للظلم كما تقرر في مقامه وهذا جبر في المبادلة
وقد اشير الى هذا المعنى في بعض الشروح **قال** وهذا لان احدهم بطلب
القسمة **اقول** هذا بيان لوجود المقتضي للقسمة بعد بيان عدم المانع

عنها فتامل **قال** لان النفع لهم على الخصوص اعترض عليه بعض الاجلة
بانه ينافي بحسب الظاهر قوله فيما سبق لان منفعة نصب القاسم تعم
العامة **اقول** ليس هذا بشيء لان المنفعة العامة في نفس نصب القسام
حيث ينتفع به كل احد ان احتاج اليه والمنفعة الخاصة بالمتقاسمين في
القسمة المخصوصة التي باشرها القسام في مال زيد وعمرو مثلا فليس فيه
رائحة التدافع اصلا **قال** لانه متى يصل اليه اجر عمله على كل حال لا يميل
باخذ الرشوة الى البعض **اقول** فيه بحث فان وصول اجرة المعين
من بيت المال اليه لا يسد احتمال ان يطمع في الزيادة فيرتشي من بعض المتقاسمين
والظاهر ان المراد من قوله ابعد عن التهمة انه اذا كان ماذونا في اخذ
الاجرة من المتقاسمين ربما يقال في حقه انه اخذ من البعض حال اخذ الاجرة
شيئا زائدا بطريق المسامحة والتاويل بالاجرة اليه في الحكم بخلاف
ما اذا لم يكن ماذونا في الاخذ منهم فان احتمال الاخذ ينحصر في الرشوة المحضة
والاقدام اليه اصعب فيكون الاتهام اقل لا محالة **قوله** لان القسمة
ليست بقضاء على الحقيقة **اقول** فيه انه قال المص فيما سيجي ولهذا
القسمة قضاء على الميت اذا التركة مبقاة على ملكه **قوله** فان الاجنبي
لا يقدر على الجبر **اقول** فيه بحث فان هذا انما يدل على كون الجبر
مستفادا من ولاية القضاء وليس الكلام فيه بل انما الكلام في نفس القسمة
بعد تحقق كون الجبر من نفس القضاء مستوضحا على القاضي كسائر اعمال
القضا اللهم الا ان يقال المراد من قوله لا يقدر على الجبر انه لا يقدر على
القسمة جبرا فتامل **قال** وهو المقدر **اقول** لا وجه للعذر المذكور
اصلا فانه قد سبق ان الاجر عند ابي حنيفة رضي الله عنه مقابل بنفس
التمييز وان سائر الاعمال والافعال التي يباشرها القسام او نائبه في تلك
الحالة من المشي على الحدود ومد الاطناب والذرع والمساحة والحساب
مما يتوقف عليه التمييز والتبيين والتقسيم والتعيين لم يقابله شيء من الاجر
شرعا فالكيل والوزن اذا كانا للقسمة كانا من هذا القبيل فلا يصح القول

منه بوجوب الاجر فيه على الانصباء معللا بذلك التعليل اللهم الا ان
يقال ان ارادة الحكم باصل التمييز كان لخفا امر اليسر والصعوبة في سائر الاعما ل
على ما اشار اليه بقوله وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل وقد ينعكس
الامر الى ورد ذلك ليس الا في انواع المكيل والموزون واما فيهما فمتحقق عمل
الكيل بالنظر الى نصيب الكثير كثير وبالنظر الى حصة صاحب القليل قليل لا
محالة فلما لم يجر في الموزون والمكيل ما ذكر من التعليل لم يجز اسقاط فعل
الكيل والوزن من الاعتبار وجعل الاجر مقابلا لهما ايضا الا ان يقال قد تقرر
ان حكمة الحكم تراعى في الجنس لا في الافراد فبعد ما جعل الاجر مقابلا لاصل
التمييز لخفاء امر اليسر والصعوبة في سائر الافعال كان ينبغي ان يلغى فعل الكيل
والوزن ايضا اطرادا للباب لانا نقول عدم مراعاة الحكمة في الافراد
لا في الانواع المظبوطة والمكيل والموزون من قبيل الثاني وهذا التفصيل الذي
اشار اليه الجد الفاضل بقوله الاطلاق غير مناسب للتعليل المذكور الا
ان يقال الحكمة لا تراعى في كل فرد لكن تراعى في الانواع المظبوطة والوزن
والكيل كذلك انتهى ولله در ذلك الجد الفاضل حيث نال الاعلى كلامه
محاسن الاعجاز لما فيه من المتانة والايجاز **قال** وادعوا انهم ورثوها
عن فلان الى ان قبل الدعوى غير الاقرار فان الاول اخبار بحق لنفسه
على الغير والثاني بالعكس فما بال المص عبر عن كلامهم هاهنا بالدعوى
وفي صدد دليلها بالاقرار حيث قال والاقرار دليل الملك قلت قولهم
ان كان لفلان مات فانتقل الينا دعوى بالنظر الى خاتمته والاقرار
بالنظر الى فاتحته بل يوجد معنى الاقرار في الخاتمة ايضا حيث يقر كل منهم
بان بعضه لسائر الورثة فبنى التعبير على الاعتبارين **قال** لهما
ان اليد دليل الملك **اقول** لابي حنيفة ان يقول نعم ان اليد دليل الملك
الا ان اليد في العقار لا يثبت الا بالبينة على ما سبق في كتاب الدعوى
حيث قال قبيل باب التمييز وفي العقار لا يكتفي بذكر المدعي وتصديق المدعى
عليه انه في يده بل لا يثبت اليد فيه الا بالبينة او علم القاضي هو الصحيح

نفيا التهمة المواضعة اذا العقار بساه في يدي غيرها بخلاف المنقول لانه اليد فيه
مشاهدا انتهى ان قيل لم يشترط ابو حنيفة في هذه المسألة اقامة البينة على
اليد قلت مرادنا ان عدم تعينه بمجرد اليد في العقار دون المنقول يجوز
ان يكون لهذا نهاية الامر انه لما وجب عنده اقامة البينة شرط اقامته
على موت المورث المالك لانه اولى فتامل فانه كان ينبغي حينئذ ان لا
يفرق بين العقار والمورث **قال** وهذا لانه لا منكر **اقول** انما
عاد هذا بعد قوله ولا منازع لهم بناء على الاول من ثمة بيان عدم المقتضى
لتكليف البينة وهذا بيان لوجود المانع عنه كانه قال لا حاجة الى تكليف
البينة لان اليد دليل الملك والاقرار امارة الصدق اذ لو كان لهم خيانة
لما اتوا الى مجلس القاضي وسألوا منه التقسيم ولانه لا منازع لهم حتى يتعارض
الكلامان فيحتاج الى البينة لترجيح جانبهم بل لا امكان لاستماع البينة في هذه
الصورة لان البينة لا تقام الا على خصم منكر ولا منكر فيها فتامل **قال** وله
ان القسمة قضاء على الميت اذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة **اقول**
فيه بحث فان كون القسمة قضاء على الميت لا يكون الا على تقدير موته اذ
ينتقل المال بالنسبة الى الورثة حتى انه لو كان حيا حال القسمة لا يكون التقسيم
حكم اصلا فيكون في التعليل المذكور بناء وجوب البينة على موته فرض موته
ولا يخفى ما فيه فتبصر **قال** بخلاف ما بعد القسمة **اقول** يعني انها
ليست مبقاة على ملكه بعد القسمة لا انه لا تنفذ وصاياه ولا تقضى ديونه
بعد القسمة فان هذا المعنى وان كان يصح بالنظر الى تنفيذ الوصايا لكنه
لا يصح بالنظر الى اداء الديون اذ لا يصح التقسيم قبل اداء الديون راسا ولو
ظهر دين يستوعب الزيادة بعد التقسيم فلا شك انه يقضى منها الدين
فتامل **قال** بخلاف المنقول لان في القسمة نظرا للحاجة الى الحفظ
اقول يعني ان القسمة نوعان قسمة بحق الملك لتكميل وقسمة بحق اليد
لاجل الحفظ والصيانة والملك وان لم يثبت في الصورتين لعدم البينة
الا ان المنقول يحتاج الى الحفظ دون العقار فيقسم المنقول بثاني نوعي القسمة

قال

قال لاحتمال ان يكون ملكا لغيرهما قال صاحب العناية فانهم لما لم
يذكروا السبب احتمل ان يكون ميراثا فيكون ملكا للغير وان يكون
شراء فيكون ملكا لهما قال الحبر الفاضل رحمه الله تعالى فيه بحث بل المحتمل
ههنا ان لا يكون ملكا لهما لا ارثا ولا شراء كيف ولو كان ملكا
لهما لتعرضا له وبه يظهر التوفيق بين الروايتين فان في الاولى
ادعوا الملك انتهى **اقول** مبني ما ذكره الحبر الفاضل على ان يكون
المراد من لفظ الادعاء المذكور في الجامع الصغير دعوى اليد
لا الملك وذلك غير مسلم الا ترى الى ما ذكر في حواشي الهداية على ما
نقل عنها في بعض المعتبرات حيث قيل والمفروض ان يدعى ان يقولوا
عند القاضي ان هذه الارض ملكنا فاقسمها بيننا فطلب القاضي
البينة على انها ملكهما فاقاما البينة على انها في ايديهما انتهى
ويمكن التوفيق بين الروايتين مع حمل الدعوى على دعوى الملك
بان يقال ان في رواية كتاب القسمة لما ادعوا الملك ولم يعترفوا
بالملك لغيرهم بان ادعوا الارث قسمها القاضي بالاتفاق وفي
هذه الرواية لما ادعوا الملك واتوا بالبينة فشهدت بينتهم
على اليد دون الملك او الارث كان فيهم شبهة اذ عدم شهادتهم
بالملك مع كون دعواهما ذلك كالدلالة على كذبهم في دعواهم فلا يقسمها
القاضي ثم ان بعض الجلة اعترض على الحبر الفاضل في هذا المقام
حيث قال ان اراد ان المحتمل ههنا ان لا يكون ملكا اصلا لا لهما
ولا لغيرهما فهو ممنوع وان اراد ان ذلك ايضا محتمل فهو مسلم الا انه لا
ان يحمل على المحمل المذكور لان المتبادر من كون الشيء ملكا للغير
ان لا يكون للمدعي لا بالارث ولا بغيره فان في صورة الارث
كون المال الموروث لغير الوارث قبل التقسيم اعني المورث ليس
على الاطلاق الا ترى انه لو اعتق الوارث رقبة من التركة
الموروث قبل التقسيم ينفذ بل في حق تنفيذ الوصايا وقضاء

الديون فقط فالحمل على المتبادر الجاري على الطلاوة اولى **قوله**
ولا يعلم بدون البينة قال الحبر الفاضل هما يقولان اليد دليل الملك
فلا شبهة في الملك كما تقدم وجوابه ان اليد لا تصلح حجة للاستحقاق
بل للدفع **اقول** فيه بحث من وجوه اما اولا فان الكلام في تعليل
عدم التقسيم على فرض كون ذكر قول الامامين ايضا فكيف يصح
ان يقال هما يقولان اليد دليل الملك اللهم الا ان يقال مراده الاعتراض
على تعليل كون ذكر قول الكل بما ذكر من عدم الملك كانه يقول لا نم
ان الامامين يقولان بعدم التقسيم بعدم الملك في هذه الصورة
بل الظاهر انهما يقولون اليد دليل الملك الخ واما ثانيا فلانا
لا نم ان اليد لا تصلح حجة للاستحقاق اذ تقرر فيما سبق ان اليد
اقصى ما يستدل به على الملك وانها المستند في الحجج كلها **قال** المص
في كتاب الشهادات ومن كان في يده شيء سوى العبد والامة
وسعك ان تشهد انه له لان اليد اقصى ما يستدل به على الملك
اذ هي مرجع الدلالة في الاسباب كلها فيكتفي بها وقال في بعض
الشروح هناك لانه لو علم بالملك في موضع والا حسنة البيس فان
غاية الامران يشاهد او نسان شراء انسان عينا من الاعيان
ولكن ذلك الشراء انما يفيد اذا كانت المبيع للبائع وملك البائع
انما يعرف باليد انتهى واما ثالثا فلانا لا نم ان الاحتياج ههنا
الى الاستحقاق اذ المفروض ان العين في ايديهم ولا منازع ثمة وانما
الاحتياج الى التقسيم **قال** عنه ايضا فذلك الاولى في التعبير ان
يقول في هذه الصورة ايضا بدل قوله ايضا **قال** والفرق ان يتملك
الوارث ملك خلافة **اقول** فيه بحث فان الخلافة والوراثة طريقان
متضادان في الشرع يختلفان حقيقة وحكما اما الحقيقة فان
الملك في الوراثة يثبت للوارث بعد ثبوته للمورث وفي الخلافة
يثبت للخليفة ابتداء مع انعقاد السبب على وجه يوجب حكمه للاصيل

واما

واما فان احد الورثة ينتصب خصما عن الاخر دون الحلفاء
يوشد كل الحلفاء ذكرنا ما ذكره المص في كتاب الجنايات حيث قال ومن قتل
وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم
الغائب فانه يعيد البينة عند ابي حنيفة رح وقالا لا يعيد
لان القصاص من طريق الوراثة كالدين وفي ذلك لانه عوض
نفسه فيكون الملك فيه عن له الملك في العوض كما في الدية ولهذا
لو انقلب مالا يكون للميت ولهذا يسقط بعفوه بعد الجرح قبل
الموت فينتصب احد الورثة خصما عن الباقين ثم ان من الغرائب
ههنا ما ذكره الاتقاني حيث قال يعني ان في دعوة الوراثة اذا
اقاموا البينة تقسم مع غيبة احدهم وفي دعوى الشراء
لا يقسم مع غيبة احدهم وان اقاموا البينة على الوفاة
وعلى الورثة الخ فان اقامة البينة على الوفاة وعلى عدد الورثة
انما يكون في صورة الوفاة لا في صورة الشراء فتامل **قوله**
والمص غاير بينها لانها لو كانت في ايديهم لكان البعض في يد
الغائب ضرورة **اقول** في الملازمة بحث فان المفهوم من كلام
المص ان يكون الغائب غير الورثة الذين في ايديهم الدار فلا يلزم
من كون الدار في ايدي الثلثة من الورثة ان يكون بعض الدار
في يد الغائب الا ان يحمل قوله ومعهم وارث غائب بمنزلة ان
يقال ووا حد منهم غائب فتامل **قوله** بانه ذكر الجمع واراد
المثنى **اقول** لا حاجة اليه بل الجمع باعتبار الصورة والمحال المتعددة
كما يقول سمعت شهودهم اذا سمعت لكل منهم شاهدين هـ
فصل فيما يقسم وما لا يقسم **قوله** وانما المعتبر طلبه
الانتفاع **اقول** اي طلب الطالب فتامل ثم ان صاحب
النهاية والكفاية زادا على هذا التعليل ان يقال الا نرى
ان كل واحد منهما اذا كان لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة وطلبا

جميع القسمة لم يقسمها القاضي بينهما فكذلك اذا كان الطالب
من لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة اعترض عليه بعض الاجلة
حيث قال هذه الزيادة تخالف ما في الكتاب بقوله وان كان
كل واحد يستضر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما فانه يدل على ان
القاضي يقسمها عند تراضي الشريكين وطلبهما القسمة وقد نص
المصنف على جوازه حيث قال ويجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما
اعرف بحالهما اما القاضي يعتمد الظاهر اقول يمكن دفع ما توهمه
من التدافع بان يقال ان التراضي على القسمة على وجهين احدهما
ان يرضى كل واحد منهما على ان يقسمها القاضي ولكن يطلب منهما الجهالة
والآخر ان يرضيا على قسمة معينة ويطلبا من القاضي الحكم بالقسمة
على ذلك الاسلوب المعين فالوجه الاول هو مقصود الشارحين المذكورين
من قولهما ان كل واحد منهما اذا كان لا ينتفع بنصيبه وطلبا جميعا القسمة
لم يقسمها القاضي انتهى والوجه الثاني هو المذكور في الكتاب بقوله
لم يقسمها الا بتراضيهما فتامل اقول ولا يتوهم اذا اختلف قيمتهما
لا يبينا قال صاحب العناية بعد ما تقرر من قوله بل بيع معاوضة
وسببها التراضي ووجه المعاوضة ان التعديل بينهما لا يمكن
الا بزيادة قدر اهم مع الاوكس والدراهم لم يكن مشتركا فيرد عليها
القسمة فكان معاوضة اقول لا حاجة في تقرير تحقق المعاوضة في هذه
الصورة الى ضم هذه المقدمات لجواز ان يقال ان اختلاف القيمة
بمنزلة اختلاف الجنس ففي صورة اختلاف الجنس لا يكون القسمة
غير المعاوضة لا ختلاط فكذا في صورة اختلاف القيمة فتامل
ويمكن ايضا ان يقال ان معنى الكلام مبني على اختلاف الروايتين على ما
افصح عنه صاحب الذخيرة حيث قال ولو طلبا القسمة في الوجه
الثاني يعني في صورة كون البيت صغيرا بحيث لا ينتفع كل واحد
منهما اصلا بنصيبه ففي رواية يقسم القاضي بينهما واليه اشار

محمد

محمد في الاصل واليه مال شيخ الاسلام وفي رواية لا يقسم القاضي
بينهما بل يتركهما ان شاءا اقتسماها بانفسهما وان شاءا تركاها كذلك
واليه مال كثير من المشايخ لان في هذه القسمة ضررا للشركاء وليس للقاضي
الاضرار بالغير وان رضي ذلك الغير انتهى وقد ذكرت الروايتان على هذا
الوجه في الكافي ايضا تنبيه نقلوا عن على ما افصح عنه قول المصنف في
تعليله لانه تبع الارض في تحصيل ما هو المقصود وقد يثبت من الحكم
تبعا ما لا يثبت مقصودا انتهى قوله اما عند ابي حنيفة فيجعل الذي
مع الرقيق اصلا في القسمة جبرا ويجعل الرقيق تابعا له في القسمة وقد
يثبت الحكم لشيء تبعا وان لم يثبت قصدا كالشرب في البيع والمنقولات
في الوقف انتهى اقول فيه بحث من وجهين اما اولا فلان الشيء
انما يجعل تبعا للشيء في الحكم اذا كان تابعا له في نفس الامر كالشرب
فانه تابع للارض ولهذا يجوز فيه البيع تبعا لها وكالمنقولات
كالاكرة وكالبقرة وآلات الحراثة فانها تابعة للضيعة ولهذا
يجوز فيها الوقف تبعا لها واما اذا لم يكن احد الشيئين تبعا للآخر
في نفس الامر فلا يكون وجه لاتباعه له في الحكم سيما في هذا المقام
فان مقتضى الرقيق ان لا يقسم فاذا اجتمع مع ما يكون مقتضاه التقسيم
يجب ان يجعل الثاني تبعا للاول في عدم التقسيم ايضا فان المبيح
والمحرم اذا اجتمعا ترجح الحظر على الاباحة فتامل واما ثانيا فلان
تمثيل وقف المنقول تبعا للعقار في بيان وجه الجواز على راي ابي حنيفة
ليس بصحيح اذ وقف المنقول لا يجوز عنده لا اصالة ولا تبعا وانما
القائل بجوازه تبعا ابو يوسف رحمه الله تعالى قال المصنف في كتاب
الوقف ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول قال رضي الله عنه وهذا
على الارسال قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف اذا وقف ضيعة
ببقرها واكرتها وهم عبيده جاز وكذا سائر آلات الحراثة
لانه تبع الارض الخ قال الا ترى ان الذكر والانثى في بني آدم

جنسان اقول نص عليه المص فيما سبق حيث قال في باب البيع
الفاسد ومن باع جارية فاذا هي غلام فلا بيع بينهما بخلاف ما
اذا باع كبشا فاذا هو نعجة حيث ينعقد البيع ويتخير والفرق
مبني على الاصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد وهو ان الاشارة مع التسمية
اذا اجتمعا ففي مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى ويبطل لانعدامه
وفي متحدي الجنس يتعلق بالمشار اليه وينعقد بوجوده وفي
مسئلتنا الذكر والانثى من بني آدم جنسان للتفاوت في الاغراض
وفي الحيوانات جنس واحد لقلة التفاوت الخ قال وهذا
يدل على انهما جنس واحد اقول وجه الدلالة هو ان اجارة
النفع بالنفع انما لا يجوز فيما اذا كان جنسا واحدا كما سبق
في كتاب الاجارة قال او تبنى حرمة الربوا هنا الخ اقول اراد
اراد بحرمة الربوا حرمة ربوا النسيئة وتحقيق ذلك انهم ذكروا ان علة الربوا
عندنا هو الكيل او الوزن مع الجنس وقالوا متى وجدا كلاهما يحرم الفضل
والنسيئة ومتى عدما حل كل واحد منهما ومتى وجد احد الوصفين حل الفضل
وحرم النسيئة فالجنس بانفراده يحرم النسيئة عندهم وانما جعلوا
النسيئة ربوا لان المبيع نقد فيها والثمن مؤجل والنقدية توجب فضله
بالمالية ثم عللوا عدم جواز اجارة النفع بالنفع في متحدي الجنس
بلزوم ربوا النسيئة حيث قال المص وان استاجرها يعني الارض
ليزرعها بزراعة ارض اخرى فلا خير وقال الشافعي هو جائز وعلى هذا
اجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب له ان المنافع بمنزلة
الاعيان ولنا ان الجنس بانفراده يحرم النسيئة عندنا فصار كبيع
القوهي بالقوهي نسيئة انتهى لكنه يرد عليها التعليل المذكور ان يقال ان ربوا
النسيئة لا يتحقق في الاجارة فان كلا من المبيع والثمن فيها اعراض يحدث
شيئا فشيئا فلا مزية لاحدهما على الآخر من حيث النقدية كما لا يخفى
وليس احد الجانبين اولى بان نجعل المنافع فيه بمنزلة النقد لانعدام الوجه
المستاجرة

المستاجرة تمامها فتامل قوله كان بمنزلة مبادلة الشيء بجنسه اقول في نفس
شيء فان اجارة النفع بالنفع في متحدي الجنس مبادلة الشيء بجنسه لا بمنزلة ذلك
كيف ولو كان الامر كذلك لما كان يتحقق الاعتبار شبهة الشبهة في تحريم
اجارة المنفعة بما هو من جنسها حقيقة بلا شبهة ايضا لما فيه جعل ما هو
بمنزلة مبادلة الشيء بجنسه مبادلة بالجنس وجعل شبهة الربوا بمنزلة
نفس الربوا فتامل قوله وفي ذلك شبهة الربوا اقول انما كان في ذلك
شبهة الربوا دون حقيقتها لان حقيقة الربوا على ما اسلفناه مجموع
الوصفين فعند تحقق احدهما لا يتحقق المعلول وانما يتحقق شبهته والشبهة
في باب الحرمة ملحقة بالحقيقة للاحتياط قوله ووجه ذلك ان التوضيح
ان يراد باختلاف الجنس الاختلاف بالذات فلا يجوز القسمة الواحدة
في المنفعة ومن السكنى فيمنع الاجارة بشبهة الربوا الخ هنا كلام ومنه
قال الحقق الفاضل رحمه الله تعالى يعني انهما متحدا الجنس نظرا الى اصل السكنى
فبنى حرمة الربوا عليه وجعله ومختلفين نظرا الى اختلاف المقاصد فاعتبر
ذلك في القسمة اقول لا يخفى على ذي مسكة ان هذا القول مطلوح على ثاني
وجهي التوضيح نهاية الامر ان المولى المرتب اخطأ في البيان فتوهم انه
مطلوح على الوجه الاول والعجب ان بعض الافاضل تابعه في هذا الوهم السخيف
فبنى عليه الرد والتزييف ولا عبار من كلمات امثاله على كل حال شريف
ثم ان الاتقاني اعترض ههنا على كلام المص حيث قال ولنا فيما قال
صاحب الهداية نظر لانا نقول سلمنا ان سكنى الدار وسكنى الحانوت
جنس واحد ولكن لا نسلم انه يلزم من ذلك ان يكون الدار والحانوت
جنسا واحدا الا ترى ان سكنى الدار بسكنى الدار الاخرى لا يجوز
لاتحاد جنس المسكون ومع هذا لم يجعل ابو حنيفة رضي الله عنه الدارين
جنسا واحدا ولم يقسمها قسمة اقول حكي الجواب عنه بان يقال
ان القائل بعدم جواز القسمة الواحدة في الدارين لعدم المجانسة
بينهما مع المجانسة بين سكناهما هو ابو حنيفة دون صاحبيه فان

فان المجانسة بين سكنى الشيئين تقتضي عندهما المجانسة بين نفس ذينك
الشيئين وجواز القسمة الواحدة فيهما وكذلك جوزوا القسمة الواحدة
فيهما عند كون ذلك اصلح والقائل بعدم القسمة الواحدة في الدار والحانوت
جميع علمائنا كما افصح عنه عدم ذكر الخلاف مع التصريح به في بعض
المعتبرات فتبين ان الامام من اخذ ذلك دليلا على عدم المجانسة بين الدار
والحانوت فينا قضه ما ذكره محمد في اجارات الاصل من المسئلة
الدالة على وجود المجانسة بين مسكنيهما فتامل **فصل**
في كيفية القسمة **قوله** اي يكتب على كاغد ان فلانا نصيبه كذا
وفلانا كذا قال الجد الفاضل رحمه الله هذا ليس بصحيح تفسير التصوير
ما يقسم كما لا يخفى **اقول** الظاهر ان مراده ان تصوير ما يقسم هو
ان يذكر صورة الشيء المشترك بما يحويه من البيوت والغرف
والاشجار كما اشير اليه في شروح الوقاية حيث قيل ان تصوير
الدار المقسومة على قرطاس ليمكن حفظه وقد قيل نقلا عن بعض
المعتبرات لو لم يصور على القرطاس ونحوه ليكون مرأى العين
ربما يفضي الى النسيان فيقسم على وجه يجب نقضها كما اذا كانت
قطعة ارض من هذا الجانب على فرسخ آخر من جانب آخر على فرسخ
ايضا فاذا شاهد هذه بنواحيها واشجارها الواقعة بعضها
الى الجانب الشرقي وبعضها الى الغربي ثم ذهب الى الاخرى
ليشاهدها وقد نسي المشاهدة حين بلغ اليها فاذا كان كذلك
علم انه لا بد من تصوير ما يقسم ليعرف وقت القسمة ان الارض
البيضاء الى اي جهة وقعت انتهى لو قيل جاز ان يكون مراد الشارح
من قوله ان فلانا نصيبه تصوير الانصباء ببيوتها وغرفها والاشجارها
وتعيين اصحابها لا بيان ان له السدس والثلث الى غير ذلك
من الحصص الشائعة لانا نقول لا مجال لحمل مراده على المعنى المذكور
فان المقصود من تصوير الانصباء الاجزاء لتعيين اصحابها كما اعترف به

نفسه

نفسه فكيف يعين اصحاب الانصباء المصورة في الكاغد **قوله** قال الامام
حميد الدين الضرير صورته ارض بين جماعة لاحدهم سدسها وللآخر ثلثها
قال الجد الفاضل فيه نقص **اقول** هو بالصاد المهملة بمعنى النقصان
يعني ان مقتضى ما يجيء من قوله وان كان لصاحب النصف فله الجزء الاول
والذان يليانه ان يذكر ههنا ايضا ان للآخر نصفها وقد اقتصر على صاحبي
الثلث والسدس ففيه نقصان فتامل **قوله** وليس في معنى القمار
لان اصل الاستحقاق فيه اعترض عليه بعض الاجلة حيث قال بين اول
كلامهم وآخره تدافع لانهم صرحوا اولا بان مشروعية استعمال القرعة
ههنا جواز الاستحسان والقياس يابى لكونه في معنى القمار وقالوا
آخرا ان ليس هذا في معنى القمار وبينوا الفرق بينه وبين القمار واوردوا
نظائره في الكتاب والسنة فقد دل على حكم على انه مما لا يابى القياس
اصلا بل مما يقتضيه القياس ايضا فتدافعا **اقول** دفع هذا الكلام
على طرف الثمام وليس يليق بامثال هذا القائل ان يصدر عنه مثل هذا
السهو الهائل فان مرادهم من اباء القياس عنها لكونها في معنى القمار اباء
القياس الجلي عنها لكونها في معناها ظاهرا ومرادهم من عدم كونها
في معناه انه ليس في معناه حقيقة على مقتضى القياس الخفي ومثل ذلك
كثير الا ترى انهم قالوا في وجوب التحالف على البائع والمشتري فيما
اذا اختلفا في قدر الثمن قبل قبض الثمن والمبيع ثابت على خلاف القياس
اذ الحلف في القياس على المنكر ولا منكر ههنا الا المشتري حيث يدعي
البائع في ذمته زيادة الثمن وهو ينكرها وفي الاستحسان يجب على كل منهما
لان كلا من البائع والمشتري منكر من وجه اما المشتري فظاهر كما مر
واما البائع فلان المشتري يدعي عليه تسليم المبيع باداء ذلك القدر
من الثمن وهو ينكره ولم يقل احد ان بين اول كلامهم وآخره تدافعا
حيث قالوا اولا لا منكر ههنا الا المشتري ثم قالوا ان كلا منهما منكر
من وجه فتدبر **قوله** سواء كان مشروطا في القسمة قال الجد الفاضل

اقول بذكر الحقوق اقول يعني ان المراد من كون الطريق والمسيل مشروطا
في القسمة كونهما مذكورين بذكر لفظ الحقوق بان يقال هذا الجانب لك
بحقوقه واغاذكر الجلي الفاضل هذا اما لبيان ان الصورة التي اشار اليها
الشارح بقوله سواء كان مشروطا هي الصورة التي ذكرها المص بقوله
لو ذكر الحقوق في الوجه الاول كذلك الجواب واما فائدة جليلة وهي الاشارة
الى عدم الاستطراق في التسييل في صورة الاشتراط الا اذا كان
الاشتراط بلفظ الحقوق واما اذا ذكر الطريق والمسيل بعينهما وصرح
بذكرهما فله التطرق والتسييل على ما اشار اليه صاحب الكفاية حيث
قال ثم المراد من ذكر الحقوق ان يقول هذا لك بحقوقه فاما اذا قال هذا
لك بطريقه ومسيل مائه فانه تثبت هذه الحقوق قال اما القسمة لتكميل
المنفعة لا يقال قد يكون القسمة للحفظ والصيانة كما سبق من الشارح
لانا نقول ذلك غير محتاج اليه في العقار وقد سبق ذلك ايضا قال
بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص اقول متعلق بقوله
فبا عتباره لا يدخل بغير تنصيص كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة وفائدة
الفرق بين القسمة والاجارة في صورة عدم امكان صرف الطريق بان
في القسمة جهتين جهة الافراز والتمييز وجهة تكميل المنفعة وليس
في الاجارة الا جهة الانتفاع فيدخل في القسمة عند التنصيص ولا يدخل
عند السكوت فيدخل الجهتين وليس في الاجارة الا جهة الانتفاع
فيدخل عند الذكر والسكوت هذا واما ما ذهب اليه الاتقاني حيث قال
متعلق بقوله بخلاف البيع اذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان له
من الطريق والمسيل يعني ان في الاجارة يدخل الطريق والمسيل
لا ينتفع عليها ومن غير ذكر الحقوق لان المقصود في باب الاجارة
الانتفاع بالمحل وذلك لا يحصل بدونهما بخلاف البيع فان المقصود
منه تملك العين لحسب قد يتعذر الانتفاع بالمحل في الحال البيع
بحمل لا ينتفع به اصلا انتهى فسهو ظاهر اما اولا فلان ما ذكرنا

متصل

متصل بها واما ثانيا فلان قوله بخلاف البيع هو حكم ذكر الحقوق في البيع
في صورة امكان صرف الطريق لانه من تتمة قوله ولو ذكر الحقوق في الوجه
الاول وحكم ذكر الحقوق في صورة عدم امكان صرف الطريق مذكور
بعد ذلك بقوله وفي الوجه الثاني يدخل فيها وانت خبير بان الفرق
المذكور لا يجري بين البيع والاجارة في صورة امكان صرف الطريق
لان مدار وجوب الدخول في الاجارة ذكرا ولم يذكر كون المقصود
من الاجارة الانتفاع وعدم حصول ذلك الا بادخال الطريق وانت
خبير بان في صورة امكان صرف الطريق يحصل الانتفاع بصرف الطريق
الى آخر بان المستاجر فلا يتوقف على الادخال فتامل قوله او في دار ربين
لكن تراضيا اعترض عليه بعض الاجلة حيث قال ان اريد تراضيهما
على قسمة معينة لزم ان لا يستقيم بيان الخلاف في هذه المسئلة
بين ائمتنا الثلثة اذ يرتفع الخلاف ح بالكلية وان اريد تراضيهما
بمجرد القسمة بدون تعيين شيء كما هو الظاهر لم يفد التقييد بذلك
شيئا لانهما انما تراضيا ح بالمعاوضة وان كان مذهب ابي حنيفة
ان البيوت المتفرقة لا يقسم قسمة فالظاهر ان وجهه عدم
امكان التعديل في قسمتها قسمة واحدة كما لا يخفى فاذا لم يكن
التعديل فيها فكيف يجوز بمجرد تراضيهما على القسمة مع طلب المعادلة
اقول جوابه ظاهر فان الاصل في القسمة الجبرية هو المعادلة
الكاملة فلما لم يكن ذلك في هذه الصورة ذهب ابو حنيفة الى عدم
جواز القسمة الواحدة جبرا فيها واذا تراضيا بالقسمة وطلبا
من القاضي التعديل فالظاهر انهما تراضيا بالقدر الممكن من المعادلة
فيقسمها القاضي بتراضيهما قال وكذا السفل فيه منفعة البناء
والسكنى قال الجلي الفاضل رحمه الله تعالى هذا مخالف لقولهم والمراد
التسوية في السكنى لا في المرافق الا ان يفرق بين ما ذكره محمد
وما ذكره ابو حنيفة رح وهو غير ظاهر وقال بعض الاجلة ليس هذا

بسريرٍ اما اولاً فلان قوله فيما مرّ والمراعى المنسوبة في السكنى
لا في المرافق ان المراعى في نفس القسمة بالذرع التي هي الاصل
المنسوبة في السكنى ومراده هٰهنا بقوله وكذا السفل فيه منفعة
البناء والسكنى مراعاة منفعة غير السكنى في كيفية القسمة
الى قوله وكذا السفل فيه منفعة السكنى الخ انما هو وجه قول
ابي حنيفة وما ذكره محمد بمنزلة [illegible] بين القولين الخ **اقول**
ما ذكره اولاً من الجواب ليس بخارج عن صوب الصواب فيه اما ما ذكره
ثانياً من السؤال فمبناه عدم العثور على حقيقة الحال فان مراد
الحبر الفاضل بقوله ان يفرق ما ذكره ابو حنيفة ومحمد الاشارة
الى الجواب الذي ذكره المعترض ومراده مما ذكره محمد هو ما ذكره
بقوله ان السفل يصلح لما لا يصلح العلو وحاصل كلامه رحمه الله
الا ان يدفع المخالفة بين القولين المذكورين بان يقال ما ذكره
محمد فيما سبق تعليل العدول عن نفس القسمة بالذرع بعدم
المساواة في المرافق فلذلك رده ابو حنيفة رح هٰهنا تعليل
جعل السفل ضعف العلو بعدم مساواتهما في المرافق فلا مخالفة
بين كلاميه السابق واللاحق فحرر ما ذكره محمد وبين كلامه في هذا
المقام فتأمل بقي هٰهنا شيء وهو انه كما ان مذهب ابي حنيفة رحمه الله
عدم جواز التأسيس لصاحب العلو على علوه بغير رضاء صاحب السفل
كذلك مذهبه عدم جواز ان يد صاحب السفل في سفله وان ثبت
كوة بغير رضا صاحب العلو كما نص عليه المصنف في فاتحة مسائل شتى من كتاب
ادب القاضي فكيف يفرق بينهما على رأيه فتدبر **قال** واذا اختلف
المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما **اقول**
لا يذهب عليك ان المناسب ان يذكر هذه المسألة في الباب
الآتي لانها متعلقة بالمسألة الاولى من المسائل المذكورة
فيها اذ قد ذكر الشراح في تصوير هذا الاختلاف ان المراد منه

ان يقول بعض الشركاء بعض نصيبي في يد صاحبي وهو المذكور في اول
الباب بقوله واذا ادعى احدهم الغلط وزعم ان مما اصابه شيئاً
في يد صاحبه **باب** دعوى الغلط والاستحقاق **قال** واذا
ادعى احدهم الغلط **اقول** جمع الضمير ووضع المسألة في صورة
كون الشركاء جمعاً مع عدم توقف تصويرها على ذلك لامكان تحقق
النزاع المذكور بين الاثنين ولعل وجه ذلك ان افادة الحكم
المذكور اولاً وهو عدم تصديق المدعي الا بالبينة وان كان
لا يتوقف على تصويرها فيما فوق الاثنين الا ان الحكم الآتي
وهو انه اذا لم يقم المدعي البينة فاستحلف المدعى عليهم فحلف
بعضهم ونكل البعض الآخر يجمع بين المدعي والناكل دون الحالف
لان النكول حجة في حق الناكل فاصيب نصيبهم دون الحالف يتوقف
على ذلك دون الحالف فتدبر **قال** لم يصدق على ذلك الا ببينة
اقول لو قال لم يجبر لكان اولى لشموله الاقرار والنكول **قال**
لانه يدعي فسخ القسمة يرد على ظاهره ان يقال لا حاجة
في تعليل عدم تصديقه بدون البينة الى كونه يدعي فسخ
القسمة لان مجرد دعواه شيئاً مما في يد صاحبه كاف في وجوب
البينة عليه من غير توقف على اقتضاء ذلك فسخ القسمة اللهم
الا ان يقال وضع المسألة فيما اذا ادعى كل ما اصابه في القسمة
لم يصل اليه بل بقي بعضه في يد سائر الشركاء من غير بيان ذلك
القدر الباقي بالاشارة اليه بحدوده او تسميته مقداره الحقيقي
ولا ببيان انه الثلث والربع ولا يخفى ان صحة هذه الدعوى وسماع
الشهود عليها ليس الا باعتبار طلب فسخ القسمة السابقة
واعادة القسمة على وجه المعادلة لا باعتبار طلب النصيب
الباقي لعدم صحة دعوى المجهول ومن هٰهنا انكشف لك سر تعيين
وجه وجيه عبقري وهو ان عدم التخالف في هذه المسألة

ليس بفساد الدعوى حتى يعترض بان فسادها كما يقتضي عدم التحالف
عدم سماع البينة ايضا بل لان المدعي يثبت حق الفسخ واعادة
القسمة ولا تحالف في امثاله فتامل قوله وان كان الاول تخالفا
وان كان الثاني فحكمه البينة على المدعي واليمين على من انكر اقول
فيه بحث فان المفهوم من كلامه ان يكون الاختلاف في المسئلة
التي ذكرها المص بقوله وان قال اصابني الى موضع كذا فلم تسلمه
الى ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه اختلافا في
مقدار ما حصل بالقسمة والاختلاف في المسئلة التي ذكرها بقوله
واذا ادعى احدهم الغلط وزعم ان مما اصابه شيئا في يد صاحبه
وقد اشهد على نفسه بالاستيفاء اختلافا في امر بعد القسمة
لان حكم الاول التحالف والثاني البينة على المدعي واليمين
على المنكر وليس كذلك اذ لا فرق بين المسئلتين الا في وجود تعيين
المقدار وعدم الاشهاد في الاولى وعدم التعيين ووجود الاشهاد
في الثانية فتامل قوله لانهم لو اقروا لزمهم قال الحق الفاضل
رحمه الله تعالى لو صح هذا الدليل على وجوب تحليف المقر له اذا ادعى
المقر انه كذب في اقراره مع انه لا يحلف عليه عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله قال بعض الافاضل ليس ذلك بوارد اذ قد تقرر في كتاب
الاقرار ان حكم الاقرار ظهور المقر به بلا تصديق المقر له
الا في النسب والولاء ولكن الاقرار يرتد برد المقر له الا بعد تصديقه — يرد الاقرار
فانه لا يرتد اصلا فاذا تقرر ذلك فادعى المقر انه كذب في اقراره
ان كان بعد تصديق المقر له اياه في اقراره ما يدل على ما ذكروا ههنا
على وجوب تحليف المقر له هناك اذ لا يتمشى فيه ان يقال لو اقر
المقر له بكذب المقر في اقراره بعد تصديقه اياه في اقراره لزمه ذلك
فان الاقرار لما لم يرتد بعد تصديق المقر له لم يلزم المقر له بعد ذلك
شيء باقراره بكذب المقر والا لزم ان يرد الاقرار الاول برد المقر له
ذلك

ذلك بعد تصديقه الخ اقول معنى قولهم ان الاقرار لا يرتد برد المقر له
بعد تصديقه انه لا يرتد حال بقاء المقر على اقراره واما اذا رجع المقر
عن اقراره وادعى انه كان كاذبا فيه وصدقه المقر له في دعوى
الكذب وتوافقا على ذلك فلا يذهب على ذي مسكة انه يبطل الاقرار
حينئذ وان كان بعد التصديق فتامل

كتاب المزارعة

لما كان الخارج من الارض
في عقد المزارعة من انواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة
عقيب القسمة قوله قال ابو حنيفة رضي الله عنه المزارعة بالثلث
والربع باطلة قال في العناية انما قيد بالثلث والربع ليتعين محل النزاع
لانه لو لم يعين اصلا وعين دراهم مسماة كانت فاسدة بالاجماع
اقول يرد على ظاهره ان المزارعة بالنصف وبالخمس وبغيرها
من الكسور محل النزاع فالوجه ما ذكر في سائر الشروح من انه انما
قيد بالثلث والربع مع انه لا تجوز المزارعة في جميع الصور عنده تبركا
بلفظ الحديث فانه جاء في الحديث نهى عن المخابرة فقيل وما المخابرة
قال المزارعة بالثلث والربع وانما خص في الحديث بذكرهما لكون العادة
في ذلك الوقت بذلك التقدير والذي يمكن في توجيه ما في العناية
ان المقصود بقوله انما قيد بالثلث والربع مقابلة التقييد بالتعميم
لا مقابلة التقييد بالتعميم يعني انه قيد بالثلث والربع ولم يسكت
عن القيد بالكلية لا انه قيد بهذا القيد المخصوص ولم يقيد بقيد آخر
كالنصف وغيره لكن فيه ما فيه قوله ولانه عقد شركة بين المال
والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة قال تاج الشريعة قلت الربح في المضاربة
يحصل على من احد الجانبين وعمل من الجانب الآخر فتتحقق شركة بينهما — مال ن
في الربح وههنا كذلك قيل عليه لم يجز في المضاربة ان يكون المال والعمل

من احد الجانبين ولهذا قالوا هناك وشرط العمل على رب المال مفسد
للعقد وههنا جاز لما سيأتي في الكتاب اذا كانت الارض لواحد والعمل
والبقر والبذر لآخر جازت المزارعة ولا شك ان البذر مال بل البقر
ايضا وقد اجتمعا مع العمل في احد الجانبين فكيف يتم اعتبار المزارعة
بالمضاربة **اقول** مثل هذا السؤال لا ينبغي ان يصدر عمن يدعي
الفضل والكمال بناء على ان مرادهم من المال الذي لم يجوزوا اشتراطه
للعامل هو رأس المال ورأس المال في المزارعة هو الارض لا البذر
والبقر وهذا ظاهر غني عن البيان ومع ذلك مصرح به في شرح الكاكي
حيث قال عند شرح قول المص وكذا اعند الاجتماع والارض في المزارعة
كرأس المال في المضاربة فكما فسد اشتراط العمل على رب المال في المضاربة
فسد اشتراطه على رب الارض في المزارعة **قوله** لانه لا اثر هنا
على العمل في تحصيلها قال السكاكي لانه اي الزوائد علينا وبل الزائد
اقول هذا تكلف قبيح لا يقبله ذو فطرة سليمة عند مسلك ان يحمل
الضمير في قوله لانه على الشأن **قوله** وعامل النبي عليه السلام
اهل خيبر قال بعض الفضلاء وهذا مخالف لما اسلفه في باب العشر
والخراج ان ارض العرب كلها ارض عشر فان خيبر من ارض العرب
اقول كون خيبر من ارض العرب ممنوع كيف وقد تقرر في الباب المزبور
ايضا ان ارض العرب لا يقر اهلها عليها على الكفر فان مشركي العرب
لا يقبل منهم الا الاسلام او السيف وقد اقر النبي عليه السلام اهل خيبر
على اراضيهم على الكفر وذكر حد ارض العرب طولا وعرضا في الباب
المزبور فمن تأمل ذلك في الوضع لعله يحكم بان خيبر ليست من ارض
العرب **قوله** والخارج في الوجهين لصاحب البذر ان قيل قوله لانه نماء
ملكه منقوض بمن غصب بذرا فزرعه فان الزرع له وان كان نماء
ملك صاحب البذر بان الغاصب عامل لنفسه باختياره وتحصيل الخ
اقول الاعتراض غير وارد اصلا والجواب غير دافع لما ذكر اما الاول

فلان

فلان الزرع في الصورة المذكورة ليس نماء ملك صاحب البذر وانما هو
ملك الغاصب اذ قد تقرر في فصل ما يتغير بفعل الغاصب انه اذا تغيرت
العين المغصوبة بفعل الغاصب وضمنها عندنا ومثل ذلك بامثلة
منها ما اذا غصب حنطة فزرعها وقد تبين ان البذر بالغصب والزرع
يصير ملك الغاصب فيكون الزرع نماء ملكه واما الثاني فلان محل
النقض نماء هو قوله لانه نماء ملكه وما ذكر في الجواب لا يفيد الفرق
بين الغاصب والزارع من جهة مورد النقض وانما يفيد الفرق بينهما
من جهة كون احدهما عاملا لنفسه باختياره والآخر عاملا بامر
غيره والكلام في الاول دون الثاني فلا يتم التقريب **قوله** الا ان
الفتوى على قولهما لحاجة الناس الخ **اقول** نعم ان القياس يترك
بالتعامل ولكن النص لا يترك بذلك لان التعامل اجماع عملي والاجماع
لا يترك به الكتاب ولا السنة على ما عرف في الاصول فبقي تمسك
ابي حنيفة رحمه الله بالسنة وهي ما روي انه عليه السلام نهى
عن المخابرة وهي المزارعة سالما عما يدفعه فما وجه الفتوى على قولهما
ويمكن ان يقال لهما ان يدفعا ذلك بحمل المروي عنه عليه السلام
على ما اذا شرطا في عقد المزارعة شرطا مفسدا اذ قد روي انهم كانوا
يشترطون شيئا معلوما من الخارج لرب الارض ونحو ذلك وقد اشار
اليه صاحب الكافي حيث قال فان قيل التعامل على خلاف القياس باطل
قلنا الخ **قوله** والخامس بيان من لا بذر من قبله الخ قال بعض الافاضل
لا شك ان بيان نصيب كل من المتعاقدين مما لا بد منه في عقد المزارعة
فعد بيان نصيب من لا بذر من قبله من الشرائط دون بيان نصيب
الآخر مما لا يجدي كثير طائل **اقول** لا يخفى على ذي مسكة ان بيان نصيب
احد من المتعاقدين في المزارعة يتضمن بيان نصيب الآخر اذ يعلم قطعا
ان الباقي له ووجه ترجيح من لا بذر من قبله باشتراط بيانه والاكتفاء
به عن ذكر حصة الآخر مع امكان ان ينعكس الامر لان صاحب البذر لا يحتاج

المحضة بطريق الذكر والاشتراط بل يستحقها على انها نماء ملكه على ما
افصح عنه الامام قاضيخان حيث قال فان بينا نصيب العامل
وسكتا عن نصيب صاحب البذر جاز العقد لان صاحب البذر
يستحق الخارج بحكم انه نماء ملكه قوله والسابع الشركة في الخارج بح
بعد حصوله لانه ينعقد شركة في الانتهاء قال كثير من الشراح
لانه اذا شرط فيها ما يقطع الشركة في الخارج تبقى اجارة محضة
والقياس يأبى جواز الاجارة المحضة باجر معدوم انتهى اقول
فيه شيء وهو ان القياس كما يأبى جواز الاجارة المحضة باجر معدوم
يأبى جوازها باجر موجود ايضا اذ قد تقرر في كتاب الاجارات
ان القياس يأبى الاجارة لكنا جوزناه استحسانا لحاجة الناس
فكيف يتم الاستدلال بمجرد ان يأبى القياس جوازها على فساد
المزارعة على تقدير بقائها اجارة محضة فالاظهر ان يقال
بدل قولهم يأبى جواز الاجارة المحضة باجر معدوم والاجارة
باجر معدوم فاسدة قطعا ثم اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة
ان مراد المص بما ذكره هؤلاء الشراح فلانهم علّلوا كون
ما يقطع هذه الشركة مفسدا للعقد بانه اذا شرط فيها
ما يقطع الشركة في الخارج تبقى اجارة محضة والقياس يأبى
جواز الاجارة المحضة باجر معدوم والمص فرع كون ما يقطع هذه
الشركة مفسدا للعقد على ما قبله حيث قال فما يقطع هذه الشركة
كان مفسدا للعقد فقد جعل علة ذلك ما قبله وهو مضمون قوله
لانه ينعقد شركة في الانتهاء ومراده ان عقد المزارعة شركة
في الانتهاء وان كانت اجارة في الابتداء فكان معنى الشركة معتبرا
في انعقاد المزارعة فما يقطع هذه الشركة ينفي المعتبر في انعقاد
فيفسد عقد المزارعة قوله وهي عندهما على اربعة اوجه (المنقسم) اعلم
ان مسائل المزارعة في الجواز والفساد مبنية على اصل وهو

ان المزارعة تنعقد اجارة وتتم شركة وانعقادها اجارة انما
هو على منفعة الارض او على منفعة العامل دون منفعة غيرهما
من منفعة البقر والبذر لانها استيجار ببعض الخارج وهو لا يجوز
قياسا لكنا جوزناه في الارض والعامل لورود الشرع بهما
اما في الارض فاثر عبد الله رضي الله تعالى عنه وتعامل الناس واما
في العامل ففعل النبي عليه السلام من اهل خيبر والتعامل ولم يرد
الشرع به والبذر والبقر واخذنا فيهما بالقياس فكل ما كان من صور
الجواز فهو من قبيل استيجار الارض والعامل ببعض الخارج
او كان المشروط على احدهما شيئين متجانسين ولكن المنظور
فيه هو استيجار الارض او العامل ببعض الخارج لكونه مورد الشرع
وكل ما كان من صور عدم الجواز فهو من قبيل استيجار الآخرين
او كان المشروط على احدهما شيئين متغايرين فلم يكن احدهما
تبعا للآخر ولكن المنظور فيه هو استيجار غير الارض والعامل
والعامل ببعض الخارج لعدم ورود الشرع في غيرهما كذا في شرح
واشار اليه في الذخيرة وجامع فخر الاسلام ثم ان صاحب العناية
بعدما ذكر الاصل المزبور قال فاذا عرف هذا فلا علينا في تطبيق
الوجوه على الاصل المذكور واما الوجه الاول فهو ما كان المشروط
اقول فيه خلل لانه جوز في الوجه الاول ان يجعل العامل
مستأجر الارض وان يجعل رب الارض مستأجر العامل والمجال
فيه للاول بل لابد ان يكون المستأجر فيه هو رب الارض لان
البذر كان من قبله في هذا الوجه وقد تقرر فيما مر في الشرط
الاول من شروط صحة المزارعة عندهما ان البذر اذا كان من قبل
رب الارض كان المعقود عليه منافع العامل فكان المستأجر وانما
يصح ان يكون العامل مستأجرا فيما اذا كان البذر من قبله اذ يكون
المعقود عليه حينئذ منافع الارض وعن هذا قال المص في تعليل جواز

جواز المزارعة في الوجه الاول لان البقر آلة من العمل فصار كما اذا
استاجر خياطا ليخيط بابرة الخياط فانه بمنزلة التصريح بان المستاجر
في هذا الوجه هو رب الارض والعامل هو الاجير كالخياط
وان كانت الارض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد لانه
استيجار الارض **اقول** فيه نظر اذ لو تم انه استيجار الارض
ببعض من الخارج استيجار ببعض مجهول او معلوم وكل ذلك
مفسد ذكر في دليل ابي حنيفة على عدم جواز المزارعة كيف
ولو كان ذلك استيجارا ببعض معلوم لما امتنع المزارعة جائزة
على مقتضى القياس ايضا وقد صرحوا بان القياس يقتضي ان
لا يجوز لكونها استيجارا ببعض الخارج وهو لا يجوز لكنا جوزناها
فيما اذا كانت استيجار منفعة الارض والعامل استحسانا
بالنص والتعامل ولم نجوزها فيما سوى عملا بالقياس لعدم
ورود الشرع به فالحق في تعليل جواز هذا الوجه ان يقال
انه استيجار الارض ببعض وهو جائز بالنص وقال الصدر وعن
ابي يوسف انه يجوز ايضا لانه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز
الخ قال في العناية وجه غير ظاهر الرواية ما قال لو شرط البذر
والبقر عليه الخ **اقول** في الجواب بحث اما اولا فلان البذر
اذا اجتمع مع الارض تعين ان يكون رب الارض مستاجرا والعامل
اجيرا فلا يبقى لحديث استتباع الارض البذر محل لان المصير
للاحتراز عن لزوم استيجار البذر اصالة واذا تعين ان يكون
هذه الصورة من قبيل استيجار العامل دون الجانب الآخر
لم يبق احتمال لزوم استيجار البذر سواء استتبعته الارض
ام لا فلم يكن للاستتباع تاثير في هذه الصورة قط واما ثانيا
فلان قوله فكان في كل من الجانبين معارض بين استيجار كل من جانبي
رب الارض والعامل في الصورة المذكورة وقد قررنا ان البذر
يعني

يعين الجانب الذي وجد فيه لان يكون مستاجرا للآخر فالجواب
ان يقال اذا اشترط البذر والبقر على رب الارض كان استيجارا للعامل
لا لغيره اصلا فكان صحيحا واما اذا لم يشترط البذر عليه بل شرط عليه
البقر وحده كان استيجارا للارض وغيرها الذي هو البقر وليس
الثاني تابعا للاول لعدم التجانس كما بين في وجه ظاهر الرواية
فكان باطلا لعدم ورود الشرع باستيجار البقر اصالة ببعض من الخارج
فتدبر **قوله** وههنا وجهان آخران لم يذكرهما قال صاحب العناية
وجه آخر لم يذكر وهو ان يشترك اربعة على ان يكون البذر من واحد
والعمل من آخر الخ **اقول** الظاهر ان الكلام في العقد الجاري بين الاثنين
والدفتر وجه آخر لم يذكر الحصر لواحد غيرهما وهي ان يشترك ثلثة
على ان يكون البذر من واحد والعمل من آخر والباقيان من آخر
الى غير ذلك من الصور الممكنة بين الثلثة فكان التعرض ههنا
للوجه الذي ذكره صاحب العناية خروجا عن الصدد وعن هذا
نرى عامة الشراح لم يتعرضوه اصلا والاولى ههنا ان يقال
ونحن وجه آخر لم يذكراه جميعا وهو ان يكون البقر لاحدهما
والبواقي المثلثة للآخر كما اشار اليه صاحب العناية عند بيان
وجه الضبط في صدر المسئلة في فصل المسئلة في بيان انحصارها في
عدد في سبعة وقال حكمه الحكم ان يكون البذر لاحدهما والبواقي
للآخر وهو الفساد وقال صاحب العناية متصلا بكلامه ان نوح
قال محمد في كتاب الآثار اخبرنا عبد الرحمن الاوزاعي عن واصل بن ابي
عن مجاهد انه دفع في عهد النبي عليه السلام الخ **اقول** توجيهه الحرف
عن النبي عليه السلام بما ذكره محل كلام اما اولا فلان كون
معنى قوله الخ صاحب الارض لم يجعل له شيئا من الخارج فما اباه
مقابلة قوله وجعل لصاحب الفدان اجرا مسمى وجعل لصاحب العمل
درهما لكل يوم اذ لم يجعل لصاحب الفدان ولصاحب العمل ايضا

حمل

شيئا من الخارج بل جعل لكل واحد منهما اجرا كما صرح به الراوي
فكيف تصح مقابلتهما بالغاء صاحب الارض بالمعنى المذكور اللهم
الا ان يقال ذكر المعنى وان كان مما لا يساعده ظاهر اللفظ
لكن الضرورة دعت اليه وصارت قرينة عليه اذ لا محالة انه
لم يتحقق هناك ما يقتضي كون صاحب الارض متبرعا فلا جرم
انه استوجب اجر مثل ارضه فلان قوله ولم يذكر اجر الفدان
لكونه معلوما من اجر العامل منظور فيه اذ لا يخفى انه لا يلزم
التوافق بين اجر الفدان واجر العامل بل يجوز ان يكون احدهما
من اجر الاخر سيما اذا كان للمعنى مصرا عن المهم في الذكر اللهم
الا ان يقال كان العرف جاريا في ذلك الزمان على اعتبار التساويهما
في الاجر فبنى على ذلك يجوز ان يعلم اجر احدهما من اجر الاخر لكن
الاظهر عندي ان يكون عدم ذكر اجر الفدان على التعيين بناء على عدم
الراوي بعين الاجر الذي جعله النبي عليه السلام لصاحب الفدان
فقال وجعل لصاحب الفدان اجرا مسمى يعني جعل له النبي عليه السلام
اجرا سماه ولكن لا اجزم بخصوصه كالجزم بخصوص ما جعله لصاحب العمل
قوله وكذا اذا شرط لاحدهما التبن وللاخر الحب لانه عسى يصيب
آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج الا الحب اقول في هذا التعليل
قصور اذ على تقدير انعقاد الحب ايضا يفسد الشرط المذكور
عقد المزارعة لكونه مؤديا الى قطع الشركة فيما هو المقصود
من لوازم صحة عقد المزارعة كما هو الاصل المقرر المبني عليه
المسائل الاتية كما ترى فالاولى في تعليل هذه المسئلة ان يقال
لانه يؤدي الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب كما قاله
في تعليل المسئلة الاتية المتصلة بها وكان صاحب الكافي تنبه
لما قلنا حيث ترك التعليل الذي ذكره صاحب الهداية وجمع المسئلتين
في تعليل واحد فقال وكذا لو شرط لاحدهما التبن وللاخر الحب

وشرط

وشرط التبن نصفين والحب لاحدهما بعينه لانه يقطع الشركة
في الحب وهو المقصود قال واذا صحت المزارعة فالخارج
على الشرط لصحة الالتزام وان لم تخرج الارض شيئا فلا شيء
للعامل عبارة الكتاب قاصرة عن افادة تمام المراد لان المزارعة
الصحيحة كما تكون استيجارا للارض وذلك فيما اذا كان البذر
من جانب رب الارض كذلك يكون استيجارا للارض وذلك
فيما اذا كان البذر من جانب العامل وقوله وان لم تخرج الارض
شيئا فلا شيء للعامل يفيد حكم الصورة الاولى دون الصورة
الثانية بل يدل على كون الحكم في الثانية على خلاف الحكم في الاولى
بمقتضى فهوم ان تخصيص الشيء بالذكر في الروايات يدل على
نفي الحكم فيما عداه فكان الظاهر ان يقال وان لم تخرج الارض
شيئا فلا شيء لاحد المتعاقدين لا يقال علل المص قوله وان
لم تخرج شيئا فلا شيء للعامل بقوله لانه يستحقه شركة ولا شركة
في غير الخارج وان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره ولما
جرى هذا التعليل في صورة استيجار الارض ايضا فهم منه
حكم هذه الصورة ايضا فاكتفى بذكره لانا نقول عبارة المسئلة
عبارة القدوري والمؤاخذة لقصورها في افادة تمام المراد
انما ترد على القدوري فالتعليل الذي ذكره المص بعد مدة طويلة
كيف يدفع عنه التقصير ولئن سلم ذلك فلا نسلم جريان التعليل
المذكور تماما في صورة استيجار الارض ايضا الا ترى ان
عامة الشراح ذكروا ان قوله وان كانت اجارة فالاجر مسمى
فلا يستحق غيره يشكل بمن استاجر رجلا بعين ما فعل الاجير
وهلكت العين قبل التسليم فانه يجب على المستاجر اجر المثل
فليكن هذا مثله لان المزارعة صحت والاجر مسمى وهلك الاجر
قبل التسليم واجابوا عنه بان الاجر هنا هلك بعد التسليم

لان المزارع قبل البذر الذي يتفرع منه الخارج وقبض الاصل
قبض لفرعه والاجرة العين اذا هلكت بعد التسليم الى الاجير
لا يجب للاجير شيء آخر فكذا ههنا انتهى ولا يذهب عليك ان هذا
الجواب لا يتمشى في صورة استيجار الارض فان رب الارض
لا يقبض البذر الذي يتفرع منه الخارج حتى يكون قبضه قبضا
لفرعه فلا يتم التعليل المذكور في حق تلك الصورة فتبقى القصور
بتي **قوله** ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد كرب
المزارع الارض فلا شيء له في عمل الكراب لان العامل بر احر
المنفعة وهو لا يتقوم الا بالعقد والعقد قوم بجزء من الخارج
وقد فات كذا في عامة الشروح وقال بعد ذكر في النهاية ومعراج
الدراية ولان المزارع عامل لنفسه لانه استاجر الارض ليقيم العمل
فيها لنفسه والعامل لنفسه لا يستوجب الاجر على غيره استحسانا
اقول ليس هذا بسديد اذ قد مر مرارا وتقرر ان البذر اذا كان
من قبل رب الارض يتعين ان يكون المستاجر هو رب الارض والمفروض
في مسئلتنا ان يكون البذر من قبل رب الارض فكيف يتم القول
بان المزارع استاجر الارض ليقيم العمل فيها لنفسه **قوله** واذا مات
احد المتعاقدين بطلت المزارعة اعتبارا بالاجارة هذا جواب
القياس واما في الاستحسان فيبقى عقد المزارعة ان يحصد الزرع
كذا في الشروح وعزاه في النهاية ومعراج الدراية الى المبسوط
والذخيرة وقال بعد ذكره في العناية واعلم انه اراد بقوله واذا مات
احد المتعاقدين ما بعد الزرع الخ **اقول** فيه بحث لان ما ذكر
في اول المسئلة انما هو جواب القياس كما صرحوا به قاطبة فيدخل
فيه ما نبت الزرع عند موته وما لم ينبت ولا شك ان مراده
بالجواب في قوله ولكنه ذكر جواب القياس في قوله في وجه الاستحسان
فاما نبت الزرع في السنة الاولى ولم يذكر جواب ما لم ينبت
عند

عند موته انما هو جواب الاستحسان فكيف يتم قوله ولعله ترك ذلك
اعتمادا على دخوله في اول المسئلة ولا ريب ان دخوله في جواب
القياس لا يقتضي دخوله في جواب الاستحسان ايضا وعن هذا
اختلف المشايخ فيه كما صرح به في الذخيرة حيث قال واذا مات
رب الارض بعد المزارعة قبل النبات هل تبقى المزارعة ففيه
اختلاف المشايخ **قوله** واذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق
صاحب الارض فاحتاج الى بيعها جاز كما في الاجارة قال في النهاية
ثم هل يحتاج في فسخ المزارعة الى قضاء القاضي او الى الرضى
على روايات الزيادات لا بد منها في معنى الاجارة وعلى رواية
كتاب المزارعة والاجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه
الى القضاء ولا الى الرضا بعض مشايخنا المتاخرين اخذوا
برواية الزيادات وبعضهم اخذوا برواية الاصل والجامع
وقال في العناية والتشبيه بالاجارة يشير الى انه اختار
رواية الزيادات الخ **اقول** فيه نظر لان التشبيه بالاجارة انما
يصلح للاشارة الى انه اختار رواية الزيادات ان لو كانت الرواية
في الاجارة مقصورة على اقتصار الفسخ فيها الى القضاء او الرضا
او كان المص قد اختار ههنا كذلك صريحا رواية السلمي الى احدهما
ولم يكن شيء منهما فان المص قال هناك ثم قول القدوري وفسخ القاضي
اشارة الى انه يفتقر الى قضاء القاضي في النقض وهكذا ذكرت
في الزيادات في عذر الدين وقال في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا
انه عذر في الاجارة فيه ينتقض فيه وهذا يدل على انه لا يحتاج
فيه الى قضاء القاضي **قوله** وليس للعامل ان يطالب بما كرب
الارض وحفر الانهار بشيء قال في العناية الفسخ بعد عقد
المزارعة وعمل العامل يتصور في صور ثلث ذكر في الكتاب الصورتين
منها وهما ما اذا فسخ بعد ما كرب الارض وحفر الانهار وما اذا فسخ

بعد نبات الزرع قبل ان يحصد ولم يذكر ما اذا فسخ ما زرع العامل
الارض الا انه لم ينبت بعد حتى لحق رب الارض دين فادح هل له
ان يبيع الارض الا انه ذكر في الذخيرة ان اختلاف المشايخ وكان
الشيخ ابو بكر الصفار يقول لا ذلك لانه ليس لصاحب البذر في الارض
عين مال قائم لان البذر استهلك وهذا قالوا ان لصاحب البذر
فسخ المزارعة لانه يحتاج الى استهلاك ماله من غير عوض يحصل له
في الحال وحصوله في الثاني غير معلوم فكان هذا بمنزلة ما قبل
البذر وكان الشيخ ابو اسحاق الحافظ يقول ليس له ذلك لان
البذر استنماء وليس باستهلاك الا ترى ان الاب والوصي
يملكان زراعة ارض الصغير وهما لا يملكان الاستهلاك اياك
واذا كان كذلك كان للمزارع في الارض عين مال قائم وقال في العناية
لم يذكر المص الصورة الثالثة وهي اذا فسخ بعد ما زرع
العامل الى قوله فقد دخلت في الصورة الثانية اقول ان قوله
وان كان للعامل فقد دخلت في الصورة الثانية كلام خال
عن التحصيل لانه ان اراد بدخولها في الصورة الثانية دخولها
في نفسها فليس بصحيح جدا اذ قد اعتبر في الصورة الثانية نبات
الزرع في الصورة الثالثة عدم نباته فاني يتصور دخول احديها
في الاخرى وان اراد به ذلك دخولها في حكم الصورة الثانية فهو صحيح
على قول بعض المشايخ لكنه لا يصلح لان يكون وجها لعدم ذكر
تلك الصورة بالكلية لان دخولها في حكم الصورة الثانية
على قول بعض المشايخ انما يعرف بيان حكمها من قبل واذا لم يذكر
تلك الصورة قط من اين يعلم ان حكمها كحكم الصورة الثانية
كما قال به بعض المشايخ او كحكم الصورة الاولى كما قال به بعض
المشايخ الآخر والاوجه عندي ان المص انما لم يذكر تلك الصورة تأسيا
بالامام محمد فانه لم يذكره في كتابه كما بينه صاحب الذخيرة

حيث

حيث قال وان كان المزارع قد زرع الارض الا انه لم ينبت بعد
حتى لحق رب الارض دين فادح هل له ان يبيع الارض لم يذكر
محمد رحمه الله هذه المسألة في الكتاب وقد اختلف المشايخ فيها
قوله لان المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لان ابقاء العقد
بعد وجود المسمى يتوفر فان قيل ترك البقر لنفسه ايضا لا يجوز
اذا لم يتضرر به غيره وهنا يتضرر رب الارض واستيفاء الحصر
ليس بمحض فيما ذكر لم لا يجوز ان يكون بالمنع عن القلع كرب الارض
اجيب بان رب الارض متعنت في طلب القلع لانتفاع نصيبه
وباجر المثل رد عليه بخلاف المزارع فانه يرد عن ردء ما يجب
عليه من اجر المثل فربما يخاف ان يصيب الزرع ما لا يفي بذلك كذا
في العناية وغيرها لقائل ان يقول ان رب الارض ليس بمتعنت
في طلب القلع بل هو يرد عن نفسه بالقلع ما يجب عليه من النفقة على
تقدير الابقاء فربما يخاف ان يصيب من الزرع ما لا يفي

كتاب المساقاة

قال في غاية البيان كان من حق الوضع
ان يقدم المساقاة على كتاب المزارعة لان المساقاة جائزة
بلا خلاف ولهذا قدم الطحاوي المساقاة على المزارعة في مختصره
الا ان المزارعة لما كانت كثيرة الوقوع في عامة البلاد وكانت الحاجة
اليها اكثر من المساقاة فقدمت على المساقاة ولان المزارعة
لما وقع فيها الخلاف بين الائمة كانت الحاجة الى علمها امس فقدمت
ولان تفريعاتها اكثر من تفريعات المساقاة اقول في تقريره نوع
خلل فانه قال في اوائل كلامه لان المساقاة جائزة بلا خلاف وذلك
يقتضي عدم وقوع الخلاف اصلا في جواز المساقاة وليس كذلك قطعا
لان ابا حنيفة لم يجوزها كما ذكر في نفس الكتاب حيث قال قال ابو حنيفة
المساقاة بجزء من الثمر باطلة وكذا زفر لم يجوزها كما ذكر في عامة الشروح
وقال جمهور الشراح كان من حق المساقاة ان يقدم على المزارعة

لكثرة من يقول بجوازها ولورود الاحاديث في معاملة النبي عليه السلام
باهل خيبر الا ان ثم غرضين موجبين صوب ايراد المزارعة قبل المساقاة
احدهما شدة الاحتياج الى معرفة احكام المزارعة لكثرة وقوعها
والثاني كثرة تفريع مسائل المزارعة بالنسبة الى المساقاة
اقول فيه ايضا شيء وهو ان قولهم لورود الاحاديث في معاملة النبي عم
محل نظر فان الاحاديث كما وردت في حق المساقاة وردت في حق
المزارعة ايضا سيما الاحاديث الواردة بطريق شتى في قصة
اهل خيبر وعن هذا قال المصنف في اوائل كتاب المزارعة وهي اي المزارعة
فاسدة عند ابي حنيفة وقالا جائزة لما روي انه عم عامل اهل خيبر
على نصف ما يخرج من التمر او الزرع وكان كلا من قد نقي الشراح
المطلع على ما لم في كلام الآخر من الخلل حيث ترك ما اخل
به الآخر كما ترى قال والمساقاة هي المعاملة قال في العناية
والمساقاة هي المعاملة بلغة اهل المدينة ومفهومها اللغوي هو
الشرعي فهي معاقدة دفع الاشجار والكروم الى من يقوم باصلاحها
على ان يكون له سهم معلوم من ثمرها ورد عليه صاحب الاصلاح
والايضاح حيث قال هي عبارة عن المعاملة بلغة اهل المدينة
وفي الشرع عقد على دفع الشجر الى من يصلحه بجزء من ثمره
وقال في الخانية مفهومها اللغوي اعم من الشرعي لا عينه
كما توهمه صاحب العناية اقول ليس ذلك بوارد اذ الظاهر
ان المراد بالمعاملة في قوله المساقاة هي المعاملة بلغة
اهل المدينة هي المعاملة المعهودة بين الناس المسماة بالمساقاة
بلغة اهل المدينة وهي معاقدة دفع الاشجار الى من يقوم
باصلاحها على ان يكون له سهم معلوم من ثمرها وليس المراد بها
جنس المعاملة الشاملة للبيع والاجارة وسائر العقود
حتى يكون مفهومها اللغوي اعم من مفهومها الشرعي والا يلزم

٤٢

ان لا يصح قوله المساقاة هي المعاملة بلغة اهل المدينة اذ لا شك
ان اهل المدينة لا يستعملون لفظ المساقاة في كل معاملة





سطر / ٢٥ = ورقه / ٢٢٠ = صحيفه / ٤٥٩